Der Vollzug der Mängelansprüche des Käufers

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg

vorgelegt von

Erwin Kaiser

Gerichts-Referendar aus Kassel

Marburg 1932

Universitäts-Buchdruckerei Joh. Aug. Koch (Dr. C. Hitzeroth)

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. November 1932.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Leonhard.

Meiner Mutter

und

in treuem Gedenken meinem Vater gewidmet

Schrifttum.

I. Lehrbücher und Kommentare:

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. II, 2. u. 3. Aufl. 1906.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd., 9. Aufl. 1903.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd., 11. Bearb. 1930.

Leonhard: Besonderes Schuldrecht des BGB. II. Bd. 1931.

Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. I. Bd., 4. Aufl. 1905.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Buch, 1. Abt., 5. Aufl., 1929; 2. Abt., 5. Aufl., 1929.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., 2. Hälfte, 4. Aufl. 1928.

Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1904.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. IV. Bd. 12.—13. Aufl. 1927.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd., II. Teil, 9. Aufl. 1928.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. II Bd., 8. Aufl. 1900.

II. Einzelabhandlungen:

Biermann: Die Klage des wandlungsberechtigten Käufers nach dem Rechte des BGB.; in: Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 95, S. 315 ff.

Biermann: Rechtszwang zum Kontrahieren; in: Iher. Jahrb., Bd. 32, S. 267 ff.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. in Gruchots Beitr., Bd. 43, S. 305 ff.

Eccius: Bemerkungen zu Grabeners Aufsatz, ebenda, Bd. 51, S. 529 ff.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.

Flechtheim: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung, in Gruchots Beitr., Bd. 44, S. 64 ff.

Grabener: Zur Auslegung des § 465 BGB. in Gruchots Beitr., Bd. 50, S. 254 ff., Bd. 51, S. 515 ff.

Haymann: Zur Frage nach der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchs; in Gruchots Beitr., Bd. 46, S. 509 ff.

Haymann: Fehler und Zusicherung beim Kauf; in: Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, III. Bd., 1929, S. 317 ff.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.

Kloß: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache; in: Sächs. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 9, Heft 5.

Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Zivilprozeß; in: Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 80, S. 141 ff.

Langheineken: Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1903.

Leonhard: Verschulden beim Vertragsschluß. 1910.

Lobe: Die Vorschriften des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 462 und 465: Ueber die Wandlung und ihre praktische Bedeutung; in: Sächs. Arch. Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. 109, S. 104 ff.

Matthiaß: Wandlung nach dem BGB.; in DJZ 1902, S. 205 ff.

Oertmann: Zur Lehre von der Wandlung; in: Recht 1904, S. 5 ff.
Oertmann: Die Entstehung der ädilizischen Ansprüche; in: Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 76, S. 1 ff.
Rößner: Die Grundlagen des Wandlungs- und Minderungsrechts. Diss. Marburg 1929.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung beim Kauf; in: Iher. Jahrb., Bd. 49, S. 93 ff.
Schröder: Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. 1903.
Seidlmayer: Ueber die rechtliche Natur des Wandlungs- und Minderungsanspruchs des Käufers nach dem BGB.; in: Gruch. Beitr., Bd. 57, S. 253 ff.
Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Ein dogmatischer Beitrag zur Lehre von der Gewährleistung. 1931.
Thiele: Die Vollziehung der Wandlung und Minderung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; in: Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 93, S. 387 ff.
Wendt: Treu und Glauben im heutigen Recht; in: Arch. f. Ziv.-Prax., Bd. 100, S. 1.
Werner: Streitfragen aus dem Gebiet des Wandlungsrechts; in: Recht 1902, S. 282 ff., 338 ff.
Wolff: Sachmängel beim Kauf; in: Iher. Jahrb., Bd. 56, S. 1 ff.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt: Begriff der Mängelansprüche und die Voraussetzungen für ihre Geltendmachung 3

II. Abschnitt: Der Streit über die Rechtsnatur und den Vollzug der Mängelansprüche sowie seine Ursache . . . 11

§ 2. Das Wesen der Vertrags- und Herstellungstheorie 12

§ 3. Nachweis, daß die Vertragstheorie in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes unabweisbar begründet ist 18

§ 4. Die Rechtfertigung der Vertragstheorie aus den Gesetzesmaterialien 23

§ 5. Die praktischen Vorzüge der Vertragstheorie 27

III. Abschnitt: Einwendungen der Herstellungstheoretiker gegen unsere Ansicht und deren Würdigung 31

§ 6. Die Einwendungen in materiellrechtlicher Hinsicht 31

§ 7. Die Einwendungen in prozeßrechtlicher Hinsicht 38

Einleitung.

§ 1.

In der ganzen Lehre vom Kauf und dem damit verbundenen Gewährschaftsrecht beansprucht noch heute die Streitfrage über den Vollzug der Mängelansprüche das lebhafteste Interesse. Es bestehen nach wie vor die Vertrags- und die Herstellungstheorie, die beide zahlreiche Anhänger auf ihrer Seite zu verzeichnen haben, ohne daß der Streit in befriedigender Weise gelöst worden ist. Obwohl schon mehrere Arbeiten über diese Streitfrage erschienen sind, in denen das Für und Wider der beiden Theorien wiederholt erörtert worden ist, erscheint eine nochmalige Behandlung derselben angebracht. Denn die Frage, wie die Mängelansprüche zu vollziehen sind, ist für das praktische Leben von äußerster Wichtigkeit, spielt doch im täglichen geschäftlichen Verkehr die Mängelhaftung eine zu bedeutende Rolle. Insbesondere aber hält Verfasser ein nochmaliges Eingehen auf die Streitfrage aus dem Grunde für notwendig, weil die Vertragstheorie als die ältere und bisher durchaus herrschende durch die Herstellungstheorie verdrängt zu werden droht. Es sind bedauerlicherweise einige namhafte Kommentatoren wie Planck[1]) und Staudinger[2]), die früher ganz der Vertragstheorie huldigten, zur Herstellungstheorie übergegangen. Auch das Reichsgericht, das im Streit der beiden Theorien des öfteren Stellung zu nehmen hatte und anfangs fest auf dem Boden der Vertragstheorie[3]) stand, hat sich in seinen neuesten Entscheidungen[4]) zur Herstellungstheorie bekannt. Die Anhänger der Herstellungstheorie haben sich also in letzter Zeit auffällig vermehrt, und daher wird es — wie schon betont — nicht unangebracht sein, diese Streifrage nochmals einer Prüfung zu unterziehen, gerade wenn man mit dem Verfasser dieser Arbeit zu einer Ablehnung der Herstellungstheorie zu Gunsten der Vertragstheorie gelangen zu müssen glaubt. Denn welche der bei-

---

1) Planck a. a. O. zu § 465 Anm. 1.

2) Staudinger a. a. O. zu § 462 Anm. IV B.

3) RG. 58, S. 423 ff.; 59, S. 97 ff.

4) RG. in JW. 1907, S. 708; Recht 1925, Nr. 928; DJZ. 1925, S. 1335. In RG. 66 S. 73 verwirft das RG. allerdings mit unzureichender Begründung und ohne ersichtlichen Grund den Standpunkt der Vertragstheorie unter Bezugnahme auf RG. 58, 424 und stellt sich damit in Gegensatz zur Entscheidung in RG. 59, S. 97 ff. (vgl. RGRKomm. zu § 465, Note 1).

den Ansichten die richtige ist, ist die praktisch wichtigste und zugleich theoretisch interessanteste Streitfrage aus der ganzen Lehre vom Kauf.

Bevor jedoch in vorliegender Arbeit auf diese Streitfrage eingegangen wird, hält Verfasser eine Betrachtung über den Begriff und die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Mängelansprüche für unentbehrlich, wobei einige strittige Fragen aus dem sonstigen Gewährschaftsrecht zu erörtern sind. Sodann soll versucht werden, die Streitfrage zu Gunsten der Vertragstheorie zu entscheiden, wobei die praktischen Vorzüge der Vollziehung der Mängelansprüche nach der Vertragstheorie besonders hervorgehoben werden sollen. Eine Betrachtung und Würdigung der gegnerischen Einwände gegen die Vertragstheorie wird uns dann zeigen, daß sie nicht geeignet sind, die Vertragstheorie zu erschüttern.

I. Abschnitt:

Begriff der Mängelansprüche und die Voraussetzungen für ihre Geltendmachung.

Unter den Mängelansprüchen, die auch Gewährleistungsansprüche genannt werden, sind die Ansprüche zu verstehen, von denen der Käufer beim Erwerb fehlerhafter Sachen zu seinem Schutze Gebrauch machen kann . Denn der Käufer hat nicht nur die Pflicht die Kaufsache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen (§ 433), sondern er hat außerdem dem Käufer dafür Gewähr zu leisten, daß die gekaufte Sache ordnungsmäßig beschaffen oder, wie das Gesetz in § 459 Abs. 1 negativ sagt, daß „die Sache nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern". Hat der Verkäufer dieser letzten Pflicht — seiner sog. Gewährleistungspflicht — nicht genügt, so stehen dem Käufer die Mängelansprüche in der Regel in Gestalt von Wandlungs- oder Minderungsanspruch zu. Daneben läuft zwar noch eine Schadenshaftung für Verschulden und für vertragsmäßige Zusicherungen (§ 463), die ebenfalls zur Gewährleistung zu rechnen ist, hier aber außer Betracht bleiben soll. — Die Wandlung enthält das Recht des Käufers gegen den Verkäufer auf Rückgängigmachung des Kaufs nach Art des Rücktritts vom Vertrage, also so, daß die empfangenen Leistungen gegenseitig Zug um Zug zurückzugewähren sind, während die noch nicht erfüllten Verpflichtungen wegfallen. Statt Wandlung zu verlangen, kann der Käufer auch beim Vertrage stehen bleiben und nur eine verhältnismäßige Herabsetzung des Kaufpreises im Verhältnis der Erheblichkeit des Mangels, eine Minderung, fordern. Den Verrechnungsmaßstab gibt § 472. — Wir sehen also, daß die Regelung der Mängelgewähr von dem Gedanken getragen ist, dem Käufer zur Wahrung seiner Interessen an der Mängellosigkeit der Sache ausreichende Mittel in die Hand zu geben, indem sie den Verkäufer für die Fehlerfreiheit der Kaufsache gewährleisten läßt. Hieraus ist nun nicht etwa zu folgern — wie dies vielfach geschieht —, daß der Verkäufer vertragsmäßig verpflichtet sei, eine mangelfreie Sache dem Käufer zu liefern. Dies dürfte mit Ausnahme für den Fall des Gattungskaufs (§ 480) und möglicherweise den der Zusicherung der Mängel-

freiheit (§ 463) unrichtig sein. Wenn Lippmann[1]) sagt: „Der Verkäufer hat gesetzlich die Pflicht zur Gewährleistung, und das heißt, der Käufer kann eine mangellose Sache verlangen“, so ist das falsch. Denn wie Leonhard[2]) treffend ausführt, „besteht das Wesen der Gewährleistung darin, daß lediglich eine Enttäuschung ausgeglichen wird, aber eine Verpflichtung zur fehlerfreien Leistung nicht besteht und daher diese nicht verlangt werden kann“. Wer eine mangelhafte Sache liefert, hat darum doch erfüllt. Könnte Käufer eine mangelfreie Leistung verlangen, so hätte er nicht das Recht der Wandlung, sondern den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Es muß also scharf zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht unterschieden werden[3]), obwohl beide auf dem Vertrage beruhen. Denn Erfüllungspflicht ist die Verpflichtung des Verkäufers, die geschuldete Kaufleistung an den Käufer in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken. Hingegen ist die Gewährleistungspflicht die Verpflichtung des Verkäufers, für Fehlerfreiheit einzustehen. Weist nun die verkaufte Sache einen Mangel auf, so liegt demnach nicht eine Verletzung der Vertragspflicht seitens des Verkäufers vor, da er die Sache nur so zu liefern hatte wie sie war, es sei dann, daß er nach Vertragsschluß aber vor Lieferung noch schuldhaft einen Mangel herbeigeführt hat. Vielmehr genügt die Feststellung des Vorliegens eines Mangels der Sache i. S. von § 459, um das Recht des Käufers, Wandlung oder Minderung zu verlangen, auszulösen. Daher ist auch die Haftung des Verkäufers von einem Verschulden seinerseits unabhängig. Selbst wenn dieser den Mangel nicht kannte und auch nicht hat kennen können (verborgener Mangel), muß er dafür einstehen, da die Mängelansprüche dem Käufer schon auf Grund der objektiv mangelhaften Vertragsleistung des Verkäufers zustehen. Die Gewährschaftspflicht des Verkäufers entfällt nur für den Fall, daß der Käufer den Mangel zur Zeit des Vertragsabschlusses kannte, oder daß ihm ein zur selben Zeit vorhandener Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war (§ 460). — Wie schon betont, interessieren uns hier nur die Mängelansprüche in Gestalt von Wandlung und Minderung. Da diese beiden Rechtsmittel dem Käufer in gleicher Weise zustehen, d. h. er in freier Wahl bestimmen kann, ob er wandeln oder mindern will, und beide in gleicher Weise geltend zu machen sind, so gilt, wenn im folgenden hauptsächlich von der Wandlung gesprochen wird, das gleiche auch für die Minderung.

Es erscheint nun als ungenau, von einer Gewährungsleistungspflicht nur beim Verkäufer oder Mängelansprüchen nur beim

---

1) Studien zu § 119 Abs. 2 in Arch. f. Ziv. Praxis, Bd. 102, S. 83 (S. 344).
2) a. a. O., § 36, S. 77 u. 78.
3) Vgl. bei Süß, a. a. O., S. 51 ff.; Schollmeyer in Iher. Jahrb. 49, S. 93.

Käufer zu reden; denn nicht nur beim Kauf bestehen bei Vorliegen von Gewährsmängeln diese Ansprüche, sondern in § 493 ist die entsprechende Anwendung auch auf andere Veräußerungsverträge bestimmt, wie z. B. auf die Bestimmungen über die Hingabe einer Sache an Erfüllungsstatt (§ 365), auf den Werkvertrag (§ 634) und auf Auseinandersetzungsverträge zur Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 757, 1477, 1546, 1549, 2042). Dieses weite Anwendungsgebiet ist nur durch einige Ausnahmen eingeschränkt [1]). Daraus geht hervor, daß obgleich die Gewährleistungspflicht unter dem Titel „Kauf. Tausch" behandelt ist, sie dennoch nicht eine Besonderheit des Kaufvertrags darstellt. Historisch hat sie sich aber beim Kauf herausgebildet, hat ihre Hauptbedeutung beim Kauf und ist auch nur bei diesem Vertrage eingehend geregelt. In vorliegender Arbeit sollen daher auch nur die Gewährleistungspflicht oder die Mängelansprüche beim Kauf behandelt werden.

Wir haben bereits erwähnt, daß dem Käufer die Mängelansprüche nur dann zustehen, wenn auf Seiten des Verkäufers gemäß § 459 eine Gewährleistungspflicht besteht, d. h. die Verpflichtung für die Freiheit von Mängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen. Diese Gewährleistungspflicht des Verkäufers besteht nun in zweifacher Hinsicht: entweder bezieht sie sich auf das dem Käufer verschaffte Recht, dann spricht man von Rechtsgewährleistung [2]) (§§ 433 ff.); oder sie bezieht sich auf die Beschaffenheit der verkauften Sache, so kommt die Sachgewährleistung in Frage, die im Gesetz in den §§ 459—493 unter einem besonderen Abschnitt aufgenommen ist, und eine von der Rechtsgewährleistung verschiedene Behandlung erfährt. Beide sind daher voneinander zu trennen. Der Unterschied zwischen beiden ist darin zu finden, ob der Mangel sich erst aus den Rechtsvorschriften oder aber schon aus der natürlichen Beschaffenheit der Sache selbst ergibt [3]). So ist z. B. beim Kauf und Verkauf von Wertpapieren zu unterscheiden, ob das Papier als Sache, welches den Erwerb des darin verbrieften Rechts vermittelt, mangelhaft ist, oder ob das im Papier verbriefte Recht, welches den materiellen Inhalt des Rechtsgeschäfts darstellt, an einem Mangel leidet [4]). Im ersteren Falle findet die Sachmängelhaftung Anwendung, im zweiten Falle tritt die Rechtsmängelhaftung ein. Die Sachmängelhaftung ist demnach,

---

1) Nicht gewährt ist es beim Erbschaftskauf (§ 2376) in § 471 BGB., 806 ZPO. und § 56 Satz 3 ZVG. Ausgeschlossen ist es in den Fällen der §§ 351 ff., verbunden mit § 467 BGB.

2) Hiergegen wendet sich Süß, a. a. O., S. 40, indem er ausführt, daß es im geltenden Recht eine Gewährleistung wegen eines Rechtsmangels nicht gäbe, sondern lediglich eine Erfüllungspflicht. Ein Eingehen auf diese Frage würde von der gestellten Aufgabe zu weit abgehen.

3) Vgl. Leonhard, a. a. O., § 15, S. 31.

4) Vgl. RG. 59, S. 241.

wie auch schon der Name sagt, nur gegeben, wenn eine bewegliche oder unbewegliche „Sache“ verkauft ist. Allerdings hat sie eine Erweiterung erfahren, denn dem Verkauf von Sachen ist durch die Rechtsprechung der Verkauf gewisser unkörperlicher Güter gleichgestellt worden, die im Verkehr wie Sachen behandelt werden, z. B. der Verkauf eines Handelsgeschäfts [1]). — Aus den folgenden Betrachtungen schließen wir die Rechtsmängelhaftung völlig aus und beschränken uns auf die Mängelansprüche, die dem Käufer im Falle des Verkaufs von mangelhaften „Sachen“ zustehen.

Zwischen den Mängelansprüchen der Wandlung und Minderung, durch welche der Käufer die Haftung des Verkäufers geltend machen kann, hat der Käufer — abgesehen von den Einschränkungen beim Viehkauf — freie Wahl. Da bei der Wandlung der Kaufvertrag aufgelöst wird, die Rechtslage also wieder eintritt, die vor Abschluß des Vertrages bestand, und bei der Minderung der Vertrag gültig bestehen bleibt und lediglich der Kaufpreis herabgesetzt wird, steht es im Belieben des Käufers, ob er die gekaufte Sache mit dem Mangel behalten will oder nicht. Legt er Wert darauf, daß die gekaufte Sache ganz einwandfrei und tadellos ist, z. B. weil er sie vielleicht verschenken will, so bleibt dem Käufer bei Mangelhaftigkeit nichts anderes übrig, als Wandlung geltend zu machen, den Kaufvertrag rückgängig zu machen.

Wann nun die verkaufte Sache einen Mangel hat, der den Käufer zur Wandlung oder Minderung berechtigt, bestimmt § 459, der zwei Arten erschöpfend aufzählt: 1. wenn der Sache Fehler anhaften und 2. wenn ihr zugesicherte Eigenschaften fehlen. — Dabei ist unter Fehlern i. S. von § 459 ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit zu verstehen, ein Zurückbleiben der Kaufsache hinter der normalen Beschaffenheit von Stücken der fraglichen Gattung. Nun gibt nicht schon jeder kleinste Fehler dem Käufer die Mängelansprüche, sondern nur ein Fehler, der den Wert oder die nach dem Vertrage vorausgesetzte Gebrauchstauglichkeit aufhebt oder mindert. Was dabei vertragsgemäß vorausgesetzt ist, kann jedoch nur nach Lage des einzelnen Falles entschieden werden. Ist in dem Vertrage nichts besonderes bestimmt, so kommt der gewöhnliche Gebrauch als der dabei vorausgesetzte in Betracht. Grundsätzlich sollen also nur erhebliche Mängel Berücksichtigung finden. Es muß daher im Streitfalle die Entscheidung, ob ein Fehler erheblich oder unerheblich ist, richterlichem Urteil vorbehalten bleiben, da sich dies nur für den einzelnen Fall bestimmen läßt. — Weiterhin trifft den Verkäufer die Gewährsleistungspflicht, wenn der Sache zur Zeit des Gefahrübergangs zugesicherte Eigenschaften fehlen (§ 459 Abs. 2). Hier haftet der Verkäufer kraft einer Erklärung, durch die er dem Käufer das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter

1) Vgl. Seuff. Arch. 65, Nr. 44, S. 90 ff.

Eigenschaften ausdrücklich zugesagt hat. Der Käufer hat hiernach die Möglichkeit, die ausgedehnte gesetzliche Gewährleistungspflicht des Verkäufers für vorhandene Fehler noch umfassender zu gestalten, indem er sie auf völlig unerhebliche Fehler ausdehnen kann. So kann er sich das Nichtvorhandensein eines ganz unerheblichen Fehlers oder das Vorhandensein gewisser Vorzüge, mögen sich diese nun allgemein oder gerade nur für ihn als solche darstellen, besonders zusichern lassen. Dann hat der Verkäufer auch hierfür einzustehen. Der Käufer wird daher stets gut daran tun, wenn er im Hinblick auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Eigenschaften sicher gehen will, nie einen Kauf abzuschließen, ohne sich eine derartige Zusicherung geben zu lassen. Im übrigen ist der Begriff der Zusicherung umstritten. Nur der Satz, daß eine bloße unverbindliche Anpreisung der Ware durch den Verkäufer noch keine Zusicherung der angepriesenen Vorzüge bedeutet, ist allgemein anerkannt. Das Reichsgericht und auch die h. M. verlangen sonst die Abgabe der Zusicherungserklärung in vertragsmäßig bindender Weise, wobei Käufer und Verkäufer sich dessen bewußt sind, daß das Versprechen der bestimmten Eigenschaften und das Einstehen dafür einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden; daß also vertragsmäßig für sie garantiert werden soll [1]). Die h. L. verlangt eine derartige Zusicherung sowohl für den Tatbestand des § 459 Abs. 2 als auch für den des § 463. Dem muß aber entgegengetreten werden. Denn wenn die h. L. den Begriff der Zusicherung in § 459 Abs. 2 in dem gleichen Sinne wie in § 463 versteht, so ist das nicht zu billigen. Vielmehr ist von der Zusage des § 459 Abs. 2 die vertragsmäßige Garantie des § 463 zu unterscheiden. Zu wiederholten Malen ist diese Unterscheidung aufgestellt worden [2]) und findet immer größere Anerkennung. Jedoch das Reichsgericht zögert immer wieder, dieser Lehre zu folgen, weil es die Zusicherung nur als Garantieversprechen anerkennen will. Wie Haymann [3]) in neuester Zeit sehr richtig ausgeführt hat, kommt das Reichsgericht zwar für die strenge Haftung auf das positive Interesse des § 463 zu befriedigenden Ergebnissen. Andererseits entzieht es aber, da dieser selbe enge Begriff der vertragsmäßigen Garantie auch für die Zusicherung des § 459 Abs. 2 verlangt wird, dem Käufer jeglichen Schutz, wenn er auf Grund einer einseitigen ernsthaften Zusage des Verkäufers zum Kauf oder zum Kauf unter diesen Bedingungen entschließt. Es wird doch auch in den meisten Fällen so sein, daß der Käufer sich auf die Richtigkeit solcher einseitigen ernsthaften Angaben verlassen zu können glaubt. Dann entspricht

---

1) Vgl. Eccius, a. a. O., S. 309.

2) Wolff, a. a. O., S. 44; Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 15 und Bes. Schuldrecht, § 23, S. 51; Haymann in RGR. Praxis, Bd. 3, S. 336.

3) Haymann in JW. 1932, S. 1862 zu 32.

es unbedenklich Treu und Glauben, daß dem Käufer Schutz zu gewähren ist, indem der Verkäufer für seine unrichtigen Angaben einzustehen hat. Den Schutz findet der Käufer dann, wenn es ihm möglich wird, die Sache auf Grund der falschen Zusage entweder zurückgeben zu können oder zu einem entsprechend niedrigeren Preis behalten zu dürfen. Demnach bedarf nach unserer Ansicht nur die Zusicherung, welche nach § 463 den Verkäufer zum Schadensersatz verpflichten soll, einer vertragsmäßigen Vereinbarung, während diejenige Zusicherung, welche nach §§ 459 Abs. 2, 462 dem Käufer einen Wandlungs- oder Minderungsanspruch gibt, durch tatsächliche ernsthafte Zusage (dictum) erfolgen kann [1]). Dies entspricht auch durchaus dem römischen Recht [2]), denn dort haftete der Verkäufer nicht bloß für versprochene, sondern für alle bei der Verhandlung und ihrer Vorbereitung ernsthaft angegebenen Eigenschaften der Kaufsache — der dicta wie der promissa —, sofern der Käufer nicht die Unrichtigkeit kannte, während nur vage Anpreisungen ohne rechtliche Bedeutung waren. Dem dictum des römischen Rechts für den ganzen Umfang der Gewährleistung heute jede rechtliche Bedeutung zu versagen, geht nicht an, sondern man wird unter Zusicherung in § 459 Abs. 2 soviel wie das ädilizische dictum zu verstehen haben, also die ernsthafte und bestimmte Angabe des Verkäufers über irgendwelche Eigenschaft. Es ist dann in den Fällen, in denen eine vertragliche Zusicherung — Garantieversprechen — i. S. von § 463 nicht gegeben ist, noch möglich, daß eine Zusicherung i. S. von § 459 Abs. 2 vorliegt, d. h. also, daß der Käufer wandeln bezw. mindern kann, wenn eine ernsthafte Zusage gemacht wurde, auf die er vertraut hat und vertrauen durfte. Allerdings führt diese Unterscheidung dazu, daß man dem Begriff der Zusicherung in § 459 Abs. 2 eine andere Bedeutung beilegen muß. Aber das ist durchaus zulässig, denn der Gebrauch des gleichen Wortes darf nicht hindern, die beiden verschiedenen Bedeutungen herauszustellen. Auch fällt, wie Wolf [3]) sagt, der Tadel auf das Gesetz selbst zurück. — Nach alledem ist also zu hoffen, daß das Reichsgericht dieser unserer Lehre folgt, die praktisch von der größten Bedeutung ist, da es im Interesse eines lauteren Verkehrs unbedingt verlangt werden muß, daß dem Käufer für ernsthafte unrichtige Zusagen des Verkäufers ein Wandlungs- oder Minderungsanspruch zur Seite steht.

Nach dem Gesetz (§ 459) haftet nun der Verkäufer für das Vorhandensein von Fehlern oder Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften, wenn diese Mängel zur Zeit des Gefahrübergangs,

---

1) Vgl. Wolff, a. a. O., S. 48; Haymann in RGR.-Praxis III, S. 336 und in JW. 1932, S. 1862 zu 32; Leonhard, a.a. O., § 23, S. 51; Manigk in JW. 1922, S. 1219.

2) Pand. II. Teil, § 357, S 762.

3) Wolff, a. a. O., S. 49.

regelmäßig also im Zeitpunkt der Uebergabe (§§ 446, 447), vorhanden sind. Hieraus entnehmen nun zahlreiche Schriftsteller [1]), daß die Gewährschaftsrechte vor Gefahrübergang noch nicht gegeben seien, sondern diese erst mit dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs entstünden [2]). So behauptet Seidlmayer, daß vor Gefahrübergang auf den Käufer von Gewährleistungsansprüchen überhaupt nicht die Rede sein könnte, daß vielmehr vor diesem Zeitpunkt die Grundsätze über ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeiten Platz zu greifen hätten, obwohl die in § 459 ausgesprochenen Folgen auf den ersten Blick so aussehen, als ob sie die Uebergabe der Sache und damit den Gefahrübergang kraft einer solchen voraussetzten, ist dies jedoch unrichtig; vielmehr entstehen die Gewährschaftsrechte bereits mit Vertragsschluß, allerdings unter der Bedingung, daß bei Gefahrübergang die Mängel vorhanden oder noch vorhanden sind. Zutreffend sagt Süß [3]), daß § 459 nur besage, daß die Mängel in diesem Zeitpunkt vorhanden sein müssen; das heiße aber nicht, daß erst in diesem Zeitpunkt die Gewährleistungsrechte entstünden. Besonders klar wird dies alles, wenn es sich um einen unheilbaren oder unbehebbaren Mangel handelt. In einem solchen Falle kann dem Käufer nicht zugemutet werden, erst eine mangelhafte Sache, deren Umwandlung in eine mangellose dem Käufer nicht möglich ist, anzunehmen, um sogleich darauf von dem Gewährschaftsrecht der Wandlung Gebrauch zu machen. Im übrigen müßte die Kaufsache völlig unnötig zum Zwecke des Gefahrübergangs erst hin- und sodann bei der Wandlung wieder zurückgegeben werden. Und das ist doch wahrlich nicht der Sinn der Zeitbestimmung in § 459. Vielmehr muß dem Käufer, wenn ihm eine mangelhafte Sache als Erfüllung angeboten wird, das Recht eingeräumt werden, vor Uebergabe — Gefahrübergang — an ihn die Mängelansprüche geltend machen zu können, sobald nur erweislich feststeht, daß auch in jenem späteren Zeitpunkt der Mangel vorhanden ist [4]). Dies entspricht auch der h. M. [5]): nach ihr wird mit der Zeitbestimmung in § 459 keineswegs gesagt, daß jetzt erst die Gewährschaftshaftung des Verkäufers entsteht, sondern diese entsteht bereits mit Vertragsschluß und der Käufer braucht für deren Geltendmachung nicht den Zeitpunkt abzuwarten, in dem die Gefahr der Sache auf ihn übergegangen ist. Jedoch darf bei behebbaren Fehlern der Käufer nicht schon dann die Gewährschaftsrechte geltend machen, wenn der Ver-

1) Dernburg, a. a. O., § 185, I; Seidlmayer, a. a. O., S. 254, Anm. 4.
2) So auch RG. 53, S. 73.
3) Süß, a. a. O., S. 234.
4) Vgl. Leonhard, a. a. O., § 24, S. 55; RG. in JW. 1912, 461.
5) Enneccerus, a. a. O., § 331, Anm. 8; Oertmann, Komm. zu § 459, Anm. 3 und in Bl. f. Rechtsanwendung 76, S. 1 ff.; Endemann, a. a. O., § 161, 4 u. Anm. 40; Süß, a. a. O., S. 234; Schröder, a. a. O., S. 38; Eccius, a. a. O., S. 315.

käufer gewillt ist, bis zum Gefahrübergang die Fehler zu beseitigen. Denn der Käufer wird nach Treu und Glauben dem Verkäufer gestatten müssen, die Wandlung oder Minderung durch nachträgliche Beseitigung des Mangels auszuschließen[1]. — Nach kurzer Darlegung des Begriffs der Mängelansprüche und der Voraussetzung für die Geltendmachung kommen wir nun zur Hauptaufgabe dieser Arbeit, zur wichtigsten Streifrage aus der ganzen Lehre vom Kauf, nämlich zu der Frage, wie die Mängelansprüche vollzogen werden.

1) Aehnlich Süß, a. a. O., S. 234.

II. Abschnitt:

Der Streit über die Rechtsnatur und den Vollzug der Mängelansprüche sowie seine Ursache.

Daß das Recht des Käufers, Wandlung oder Minderung zu verlangen, als ein Anspruch aufzufassen ist, darüber herrscht durchweg Einigkeit. Dies ist auch in § 462 durch den Ausdruck „verlangen" klar und deutlich hervorgehoben. Zudem ist im Gesetz in § 477 ausdrücklich zur Bezeichnung des Wandlungs- und Minderungsrechts des Käufers das Wort „Anspruch" gebraucht und von Verjährung die Rede. Verjähren kann aber nach § 194 nur ein Anspruch, d. h. das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

Die Rechtsnatur und die Geltendmachung, der Vollzug, dieses Anspruchs sind es nun, die in der Rechtslehre großen Streit hervorgerufen haben. Seit über zwei Jahrzehnten besteht dieser Streit, in den fast alle Theoretiker und Praktiker eingegriffen haben. Dennoch ist es zu einem allgemein anerkannten Ergebnis noch nicht gekommen. Es bestehen nach wie vor die zwei Theorien: die sog. Vertrags- und die Herstellungstheorie, deren Auffassungen — wie im folgenden noch darzulegen sein wird — scharf voneinander abweichen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Ansichten über die Rechtsnatur und den Vollzug der Mängelansprüche ist der, daß nach der Vertragstheorie der Anspruch auf Rückgewähr der bereits gemachten Leistungen auf dem Wandlungs- oder Minderungsvertrage beruht, während die Herstellungstheorie den Wandlungsanspruch des Käufers als einen direkten Anspruch gegen den Verkäufer auf Rückleistung auffaßt. Und der Grund für diesen Meinungsunterschied ist darin zu erblicken, daß bei der einen Ansicht von § 465, verbunden mit § 462 (Vertragstheorie), bei der andern von § 462 allein (Herstellungstheorie) ausgegangen wird. Die Vertreter der Herstellungstheorie legen nämlich das Hauptgewicht auf die Vorschrift des § 462, den sie für die Definition des Wandlungsanspruchs für entscheidend halten. Die ausschlaggebende Bedeutung dieser Bestimmung wollen sie schon rein äußerlich aus der Technik des BGB. erkennen [1]), welches durch Einklammerung von Ausdrücken ihre Begriffsbestimmung zu geben pflege, so in § 194 (Anspruch), in § 780 (Schuldversprechen) u.a.m. So habe auch hier das Wort

1) So Haymann, a. a. O., S. 538.

„Rückgängigmachung des Kaufs“ seine Erläuterung gefunden. Wenn nun schon § 462 die Begriffsbestimmung des Wandlungsanspruchs enthalte, so sei es unlogisch, noch aus § 465 eine solche herauszulesen [1]), wie dies von den Anhängern der Vertragstheorie geschehe. Letztere hingegen sagen, daß der Inhalt des Wandlungsanspruchs aus § 465 zu bestimmen ist. Sie deuten diesen Paragraph so, daß er überhaupt angibt, wie die Wandlung vollzogen wird. Der in § 462 erwähnte Wandlungsanspruch ist nach dieser Theorie identisch mit dem Anspruch auf Vollzug der Wandlung i. S. des § 465; und die in § 465 bezeichnete Form ist die einzig mögliche Form der Vollziehung der Wandlung. — Wir haben also gesehen, daß die Ursache für diesen Streit in den verschiedenen Ausgangspunkten liegt, und es wird nun nachzuweisen sein, welcher als der richtige erscheint. Damit wird zugleich die Unrichtigkeit der einen und die Richtigkeit der entgegengesetzten bewiesen werden.

§ 2.

Das Wesen der Vertrags- und Herstellungstheorie.

Es soll zuvor das Wesen dieser beiden Theorien herausgestellt werden, um ein klares Bild von beiden Ansichten zu gewinnen. Nach der Vertragstheorie sind die Wandlung und Minderung zu vollziehen, indem sich gemäß § 465 der Verkäufer auf Verlangen des Käufers damit einverstanden erklärt. Hieraus ergibt sich nach Ansicht der Vertragstheoretiker, daß sich der Vollzug der Gewährschaftsansprüche als durch Abschluß eines Vertrags darstellt, wie sich ja auch aus dem Namen der Theorie ergibt. Sie gehen davon aus, daß dem Käufer einer mangelhaften Sache auf Grund der Gewährleistungsansprüche ein gegen den Verkäufer gerichteter Anspruch auf Abschluß eines Vertrages (Wandlungsvertrag) zusteht, durch den der vorhergegangene Kaufvertrag aufgehoben wird, oder aber der Kaufvertrag bestehen bleibt, und nur durch einen neuen Vertrag (Minderungsvertrag) eine entsprechende Herabsetzung des Kaufpreises vereinbart wird. Erst wenn ein derartiger Wandlungs- oder (Minderungsvertrag) eine entsprechende Herabsetzung des Kauf- Anspruch auf Rückgewähr des bereits gezahlten Kaufpreises, und für den Fall, daß noch nicht gezahlt, einen solchen auf Verzicht der Kaufpreisforderung seitens des Verkäufers. — Für den wohl am häufigsten vorkommenden Fall der außergerichtlichen Geltendmachung des Wandlungsanspruchs ist der Vorgang, wenn der Kaufgegenstand mit Mängeln behaftet ist, die der Verkäufer gemäß §§ 459, 460 zu vertreten hat, bei der Durchführung der Wandlung

1) Vgl. Thiele, a. a. O., S. 404; Eccius, a. a. O., S. 319.

folgender: der Käufer, welcher Wandlung bewirken will, hat an den Verkäufer ein diesbezügliches Verlangen zu richten, welches sich als ein Vertragsangebot darstellt und bezweckt, daß letzterer sein Einverständnis mit demselben erklärt. Daß sich das Verlangen als Angebot darstellt, bestreiten zwar einige Gegner (vgl. S. 31 dieser Arbeit); einige aber erkennen an, daß das in § 465 erwähnte Verlangen als ein Vertragsanerbieten aufzufassen ist, obwohl ihre Ansichten darüber verschieden sind. So sieht Enneccerus in dem Verlangen einen Vertragsantrag i. S. des § 145, Eccius (S. 327) einen solchen nur dann, wenn er ausdrücklich auf die Einverständniserklärung gerichtet ist, und Matthiaß a. a. O. S. 206 einen solchen aber ohne Anwendung der §§ 145 ff. Ist nun der Verkäufer bereit, so nimmt er das Angebot des Käufers an, wodurch ein Vertrag zustande kommt, in welchem sich die Parteien darüber einig sind, daß der vorhergegangene Kaufvertrag aufgehoben bezw. abgeändert wird. Unsere Gegner halten uns hierzu entgegen, daß, wenn man schon das Verlangen als ein Vertragsangebot ansieht, hierauf dann auch die allgemeinen Vertragsvorschriften der §§ 145 ff. anzuwenden seien. Danach sei dann der Käufer an seinen Antrag bis zur Ablehnung, oder bis zum Ablauf der Annahmefrist gebunden und „dies Ergebnis habe unzweifelhaft der Gesetzgeber durch Einfügung des § 465 gerade vermeiden wollen“ [1]). Weil die Herstellungstheoretiker den Zweck des § 465 lediglich in der Bestimmung des Zeitpunktes für die Gebundenheit des Käufers an seine Wahl erblicken — hierauf wird noch zurückgekommen —, sagen sie, „sei ein nicht unerheblicher Widerspruch im Gesetz selbst vorhanden. Denn einmal sage dann das Gesetz: die Gebundenheit des Käufers tritt ein, sobald der Verkäufer sich mit dem Verlangen des Käufers einverstanden erklärt; sodann weiter: die Gebundenheit tritt doch schon früher ein, da der Käufer bereits mit Stellung des Vertragsantrags gebunden ist“ [2]). — Selbst wenn der § 465 nur die Bedeutung hätte, die ihm die Gegner beimessen, ließe sich m. E. dieser angebliche Widerspruch vermeiden. Es wäre dann nämlich unbedenklich der Standpunkt zu rechtfertigen, daß der Gesetzgeber die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. durch die besondere Bestimmung des § 465 durchbrochen hat, daß also § 465 gegenüber §§ 145 ff. Spezialvorschrift ist. Seine Bestätigung findet dieser Standpunkt in den Protokollen (I, 711), wo es heißt: „Es sei nicht zweckmäßig, dem Käufer die Möglichkeit des Widerrufs zu entziehen, da sehr leicht Umstände eintreten können, welche dem Käufer die Minderung vorteilhafter erscheinen lassen als die Wandlung.“ — Abgesehen hiervon muß der Ansicht der Gegner widersprochen werden; denn hat der Käufer dem Verkäufer erklärt, daß er Wandlung verlange, so kann er rich-

---

1) Haymann, a. a. O., S. 544.
2) Thiele, a. a. O., S. 398.

tiger Ansicht nach seine Erklärung noch solange widerrufen und Minderung verlangen, bis sich der Verkäufer mit ersterer einverstanden erklärt hat. Die Erklärung des Käufers, daß er das eine oder andere verlange, ist also nicht bindend, sondern kann vor erteilter Zustimmung seitens des Verkäufers noch zurückgenommen werden [1]). Es geht dies auch schon aus den Protokollen (I, 680) hervor; denn hiernach war der Zweck der Gestaltung des Rechts des Käufers als Anspruch auf Einwilligung in die Wandlung, daß der Käufer sein Wahlrecht zwischen den beiden Gerechtsamen der Wandlung und Minderung nicht schon durch einseitige Erklärung verlieren sollte. Im übrigen war sich die zweite Kommission, wie aus den Materialien zu ersehen ist, sehr wohl über die Unvereinbarkeit des Vertrages nach § 465 mit den Bestimmungen der §§ 145 ff. im klaren. Daher heißt es auch, daß die allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. auf den Vertrag des § 465 angemessene Anwendung zu finden haben, was nichts weiter bedeutet, als daß sie nur insoweit anzuwenden sind, als sie dem § 465 nicht widersprechen. Somit kommen auch wir zu dem Ergebnis, daß das ius variandi erst mit der Einverständniserklärung des Gegners als mit Abschluß des Aufhebungsvertrages erlischt, d. h. das ius variandi wird durch diesen konsumiert.

Diese Ausführungen gelten auch für die Bestimmung des § 147; der anwesende Verkäufer braucht den Vertragsantrag des Käufers nicht sofort anzunehmen, wie vielfach behauptet wird. Vielmehr ist ihm eine angemessene Erledigungsfrist zuzubilligen. Dies schon aus dem Grund, weil der Verkäufer vor der Einigung über den vom Käufer gewählten Mängelanspruch sich über das Vorliegen des Mangels muß vergewissern können. Der Verkäufer kann das Angebot also solange noch annehmen, als der Käufer dasselbe bestehen läßt, d. h. es nicht widerruft. Hat sich nun der Verkäufer mit dem Wandlungsverlangen des Käufers diesem gegenüber einverstanden erklärt [2]), so ist mit dieser Willenseinigung gemäß § 465 die Wandlung vollzogen, und erst in diesem Augenblick hat der Käufer sein Wahlrecht verloren.

Stellt der Käufer an den Verkäufer das Verlangen der Minderung, so gilt hierfür dasselbe wie für das Wandlungsbegehren. Jedoch ist noch zu erwähnen, daß die Erklärung des Käufers, durch die er vom Verkäufer die Einverständniserklärung in die Minderung verlangt — also der Vertragsantrag — einer Angabe, um welchen Preis gemindert werden soll, nicht bedarf. Zwar behauptet

---

1) Vgl. auch Dernburg, a. a. O., § 185, Ziff. VI.

2) Die Einverständniserklärung braucht im übrigen nicht ausdrücklich zu erfolgen, sondern kann auch stillschweigend geschehen, z. B. dadurch, daß der Verkäufer auf Verlangen des Käufers den entsprechenden Zustand durch Rückgewähr des Kaufgeldes herstellt.

Eccius [1]), daß beim Fehlen einer genauen Angabe die Minderung wegen Unbestimmbarkeit nicht vollzogen werden könne, und stützt sich auf die in den Protokollen II, 8457, 8458 vertretene Ansicht. Wir aber sagen, daß der Vertrag, wenn eine derartige Angabe fehlt, durchaus nicht der genügenden Bestimmtheit entbehrt, da ja in den §§ 472, 473 gesetzlich mit hinreichender Deutlichkeit festgestellt ist, in welcher Weise die Herabsetzung des Kaufpreises zu geschehen hat. Es genügt also, daß die Höhe, um welche die Herabsetzung des Kaufpreises zu erfolgen hat, bestimmbar ist. Schröder [2]) führt hier zutreffend den Kaufvertrag als Beispiel an; denn bei Abschluß eines solchen bedarf der Kaufpreis selbst nicht einer genauen Bestimmung, da es genügt, daß er bestimmbar ist. Das gleiche auch für den Minderungsvertrag in Anspruch zu nehmen, erscheint unbedenklich. Denn haben die Parteien nichts besonderes vereinbart, so gilt der nach § 472 (im Streitfall durch den Richter) zu bestimmende Verrechnungsmaßstab. Im übrigen geht aus § 472 auch keineswegs hervor, daß die Parteien selbst den Minderungsbetrag zu bestimmen haben, sondern dieser Paragraph sagt nur, daß für den Fall der Minderung der Kaufpreis in der hierin angegebenen Weise herabzusetzen ist.

Im folgenden sollen die materiellen Wirkungen eines solchen Vertrages, zunächst die des Wandlungs- und dann die des Minderungsvertrages behandelt werden . Man hat bei dem sog. Wandlungsvertrag zu unterscheiden, ob von beiden Parteien auf Grund des vorhergegangenen Kaufvertrags schon eine Leistung erfolgt war oder nicht, da der Inhalt des Vertrages dann jeweils verschieden ist. Ist noch von keiner Seite eine Leistung erfolgt, etwa weil der Käufer die Mangelhaftigkeit der Ware erkannt, daher ihre Annahme abgelehnt und Zahlung verweigert hat, so geht die Willenseinigung der Parteien bei Abschluß des Wandlungsvertrages dahin, daß der Kaufvertrag als aufgehoben angesehen werden soll d. h. daß die Rechtslage wieder eintreten soll, die vor Abschluß des Kaufvertrages bestand. Mit der Erzielung dieses Einverständnisses ist der Kaufvertrag aufgehoben, und die Parteien sind von ihren Verpflichtungen zur Leistung befreit. — Etwas schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Kaufvertrag schon von beiden Parteien erfüllt ist oder nur eine von ihnen ihre Leistung bewirkt hat. Es wird dann wiederum durch Willenseinigung zunächst der Kaufvertrag aufgehoben. Aber die Rückforderung der bereits gemachten Leistungen erfolgt nicht nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung, obwohl die Parteien durch Aufhebung des Kaufvertrages um die gegenseitigen Leistungen nunmehr rechtlos bereichert sind, son-

---

1) Eccius, a. a. O., S. 333.
2) Schröder, a. aO., S. 39; ebenso Windscheid-Kipp, a. a. O., § 395, S. 658.

dern es wird ein neues Schuldverhältnis begründet, auf Grund dessen die Parteien gemäß den auf die Wandlung für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht verpflichtet sind, die gemachten Leistungen einander Zug um Zug (§ 348) zurückzugewähren. Der Käufer hat den empfangenen Gegenstand (§ 346 Satz 1) in Natur mit den gezogenen und den versäumten Nutzungen zurückzugeben oder in Geld zu vergüten. Und wenn nach Abschluß des Wandlungsvertrages der Käufer schuldhaft eine Verschlechterung oder den Untergang herbeigeführt hat, so ist er nach § 347 Satz 1 i. V. m. den §§ 989 ff. schadensersatzpflichtig. Der Verkäufer hingegen ist verpflichtet, den gezahlten Kaufpreis nebst 4 % Zinsen (§ 347 Satz 3 i. V. m. § 246) von der Zeit des Empfangs an zurückzugeben, und ferner dem Käufer die Vertragskosten zu ersetzen (§ 467 Abs. 2).

Für den Minderungsvertrag kommen die Vorschriften der §§ 472, 473 in Betracht, die die Herabsetzung des Kaufpreises regeln. Hat der Käufer den Kaufpreis noch nicht bezahlt, so erlischt mit Abschluß des Minderungsvertrags die Zahlungsverpflichtung in der Höhe, um welche vertragsmäßig gemindert worden ist, und damit auch der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung in dieser Höhe. — Wenn der Kaufpreis seitens des Käufers bereits in voller Höhe gezahlt worden ist, so hat er einen Anspruch auf Rückzahlung der zu viel gezahlten Summe.

Ganz anders aber gestaltet sich die Rechtslage, wenn eine solche gütliche, außergerichtliche Einigung unter den Parteien nicht zustande kommt, indem sich der Verkäufer weigert, das Vertragsanerbieten des Käufers anzunehmen — etwa weil er das Recht des Käufers auf Wandlung bestreitet. Hier braucht der Käufer seine Klage nur auf Abgabe der Einverständniserklärung zur Wandlung zu richten und durch die rechtskräftige Verurteilung des Verkäufers ist der Wandlungsvertrag abgeschlossen, da gemäß § 894 ZPO. die für den Vertragsschluß fehlende Zustimmungserklärung des Verkäufers durch das rechtskräftige Urteil ersetzt wird. Hiermit ist die Wandlung vollzogen, wenn der Käufer den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat. Denn das rechtskräftige Urteil (der abgeschlossene Wandlungsvertrag) befreit den Käufer von seiner Verbindlichkeit. — Anders ist es jedoch, wenn der Käufer seiner Zahlungsverpflichtung bereits nachgekommen ist und der Verkäufer sich weigert, den Kaufpreis zurückzuzahlen. Zwar muß in diesem Falle der Käufer zunächst auch auf Abschluß des Wandlungsvertrages klagen, aber mit dem durch das rechtskräftige Urteil herbeigeführten Vertragsschluß hat der Käufer seinen Zweck noch nicht erreicht, da er hierdurch sein Geld noch nicht zurückerhält. Der Käufer hat bei dieser Sachlage einen Anspruch auf Vertragsschluß und einen auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises. Streng genommen, sind also zur Durchführung der Ansprüche des Käufers zwei besondere Klagen notwendig:

einmal die Klage auf Erklärung des Einverständnisses gemäß § 894 ZPO. und § 465 BGB.; sodann, wenn diese Verurteilung rechtskräftig geworden und damit die Wandlung vollzogen ist — wofern der Verkäufer sich noch immer weigert, seiner Rückleistungspflicht gemäß § 467 nachzukommen —, die Klage auf Leistung auf Grund des Wandlungsvertrags gemäß §§ 467, 348 BGB. Hieraus darf nun aber nicht gefolgert werden, wie dies von unseren Gegnern geschieht, daß der Käufer zweimal klagen müßte. Wenn nach unserer Vertragstheorie zwei Klagen notwendig wären, die eine gerichtet auf Einwilligung des Verkäufers in die Wandlung, die andere nach rechtskräftiger Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung, gerichtet auf die Rückerstattung des Kaufpreises, so würde eine derartige doppelte Klageerhebung zweifelsohne eine ganz erhebliche Verzögerung statt Förderung der Rechtsprechung bedeuten. Weiterhin würde dies mit dem die ganze ZPO. beherrschenden Grundsatz der Prozeßvereinfachung und -beschleunigung in schroffstem Widerspruch stehen. — Aber die Vertragstheorie zwingt keineswegs zu einer derartigen unleidlichen Konsequenz. Der Käufer kann vielmehr den Anspruch auf Einwilligung in die Wandlung mit dem Rückerstattungsanspruch zu einer Klage verbinden, sodaß in dem einen Prozeß zugleich über beide Ansprüche entschieden werden kann. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Klageverbindung wird von allen Vertragstheoretikern anerkannt, obwohl die Begründung hierfür äußerst verschieden ist. Dies möge vorerst genügen. Eine eingehende Stellungnahme hierzu soll bis zur Erörterung der gegnerischen Einwendungen vorbehalten bleiben. Denn wie wir noch sehen werden, bestreitet die Gegenseite eine Möglichkeit, die beiden Klagen zu einer zu verbinden, und sieht hierin den Hauptgrund für die Ablehnung unserer Theorie.

Hinzugefügt sei noch, daß das ius variandi des Käufers, falls der Wandlungs- oder Minderungsvertrag auf prozessualem Wege zustande kommt, ebensowenig mit der Klageerhebung wie bei der außergerichtlichen Einigung schon mit dem Wandlungsverlangen (-angebot) erlischt. Es besteht vielmehr bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils fort, denn dieser Zeitpunkt entspricht der außergerichtlichen Einwilligung des Verkäufers [1]). — Hierbei ist allerdings zu beachten, daß darüber ob der Käufer während des schwebenden Prozesses von seiner einmal getroffenen Wahl abgehen kann, lediglich prozeßrechtliche Vorschriften entscheiden. Der Käufer kann also auch hier zunächst den Wandlungsantrag stellen, diesen dann fallen lassen und Minderung beantragen. Dieses Recht steht ihm zu, solange der beklagte Verkäufer noch nicht zur Hauptsache verhandelt hat. Denn gemäß § 271 ZPO. ist eine Zurücknahme der Klage ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der

1) Vgl. Oertmann, a. a. O. zu § 465, Note 2b.

mündlichen Verhandlung möglich. Ob nun in diesem nach der Klageerhebung erfolgten Uebergang von dem einen Recht auf das andere eine Klageänderung zu erblicken ist, mag dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn man der Ansicht folgt, daß bei der Verschiedenheit des Klagebegehrens eine Klageänderung i. S. des § 264 ZPO. vorliegt, so wird diese immer zuzulassen sein [1]), da dadurch die Verteidigung des Beklagten nicht erschwert wird, haben doch beide Klagen völlig gleiche Voraussetzungen.

Gerade daraus, daß bei der klageweisen Durchführung der Wandlung angeblich zwei Klagen notwendig seien, hat man hergeleitet, daß das Gesetz schlechterdings eine Auffassung mit solch umständlichen und unbrauchbaren Begleiterscheinungen nicht vertreten könne, und man ist aus diesem Grunde mit zur Ablehnung der Vertragstheorie gelangt. Es müsse also eine andere Lösung der Wandlungskonstruktion gefunden werden, und diese andere Lösung glaubt man in der Herstellungstheorie gefunden zu haben, die die Vertragsnatur der Wandlung bestreitet. Daß die Wandlung durch einen Vertrag der Parteien geschlossen werden k a n n, wird von den Vertretern dieser Theorie keinesfalls bestritten, sondern nur, daß die Wandlung durch Vertrag geschlossen werden m u ß. Die Herstellungstheoretiker sehen in der vom Käufer geforderten Tätigkeit wie bei der gemeinrechtlichen actio redhibitoria und actio quanti minoris einen unmittelbaren Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises oder der zuviel gezahlten Summe, falls der Käufer schon geleistet hat oder auf das Unterlassen jeder Forderung oder doch der Forderung des ganzen vereinbarten Kaufpreises, falls eine Leistung des Käufers noch nicht erfolgt ist. Danach hat der Käufer, ohne daß ein Vertrag über die Wandlung zustande kommt, auf Grund des Kaufvertrages einen direkten Anspruch darauf, daß die Folgen des Kaufes beseitigt werden. Er kann direkt den Klageantrag stellen: den Verkäufer zu verurteilen, den bereits gezahlten Kaufpreis zurückzuerstatten oder es zu unterlassen, den Kaufpreis zu fordern. Mithin kann Käufer kraft des Wandlungsanspruchs ohne weiteres die Herstellung der vor dem Kaufe vorhandenen Rechtslage verlangen.

§ 3.

Nachweis, daß die Vertragstheorie in den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes unabweisbar begründet ist.

Im folgenden soll der Nachweis geführt werden, daß die Konstruktion des Wandlungs- und Minderungsanspruchs als Anspruch auf Abschluß eines Vertrages in der Tat in unserem Gesetz zum Aus-

---

1) Vgl. L a n g h e i n e k e n, a. a. O., S. 246; P l a n c k, a. a. O. zu § 465, Anm. 2 a β

druck gekommen ist. — Es war eingangs schon gesagt worden, daß wir Vertragstheorienanhänger den § 465 so deuten, daß er uns überhaupt die Erklärung gibt, wie die Wandlung vollzogen wird. Daher gibt die Bestimmung des § 462 u. E. lediglich in einer ganz allgemeinen Weise die Gerechtsame an, welche dem Käufer beim Vorliegen der Voraussetzungen in den §§ 459, 460 zu Gebote stehen [1]). Er charakterisiert dieselben als Ansprüche, ist aber weit davon entfernt, auch die innere Gestalt dieser Ansprüche zeichnen zu wollen, wie dies die Gegner behaupten. Dies geschieht vielmehr durch die unmittelbar folgende Vorschrift des § 465, durch welche sich die Ansprüche als auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet darstellen. Das zeigt uns schon der Wortlaut des § 465, durch den die Vertragstheorie eindeutig zum Ausdruck gebracht worden ist. Denn es läßt sich nicht leugnen, daß in diesem Paragraph von einem wirklichen Vertragsantrage des Käufers die Rede ist. Und durch die zweckbewußte Fassung legt der § 465 den Gewährleistungsanspruch als einen Anspruch auf Abschluß eines den Kauf wieder aufhebenden bezw. abändernden Vertrags unzweideutig fest. Dem können sich auch die Gegner nicht verschließen; so ist selbst Eccius [2]), ein eifriger Verfechter der Herstellungstheorie, der Ansicht, § 465 habe den Abschluß eines auf Wandlung oder Minderung gerichteten Vertrags zum Gegenstand. Er führt dazu aus, daß das Verlangen der Zustimmungserklärung nicht die Wandlung selbst zum Gegenstand haben müsse, sondern daß der mängelrügende Käufer eine zustimmende Erklärung zur Wandlung oder Minderung verlangen müsse, und dieses Verlangen eines Einverständnisses enthalte ein Angebot, dessen Annahme den Vertragsschluß vollende. Auch Eccius folgert dies aus dem Wortlaut des § 465. Wenn nun derselbe Schriftsteller kurz [3]) darauf anführt, daß der Vertrag nicht der einzige Weg zur Wandlung sei, sondern daß die Wandlung auch ohne Vertragsschluß, also einseitig, in Vollzug gesetzt werden könne, so ist das unhaltbar. Wenn ein Gesetz die einseitige Bewirkung eines bestimmten Rechtserfolges vorschreibt, so bleibt daneben — wie Leonhard zutreffend ausführt [4]) — allerdings noch die Möglichkeit ,daß er auch durch einen Vertrag erreicht werden kann, eben weil letzterer eine stärkere Wirkung hat. Der umgekehrte Schluß jedoch ist nicht zulässig. — Demnach ist der § 465 für die Art und Weise der Ausführung der Wandlung und Minderung a l l e i n maßgeblich und der hierin vorgeschriebene Weg des Vertragsschlusses der e i n z i g e, auf dem der Käufer seine Mängelansprüche verwirklichen kann. Für unsere Gegner bietet natürlich gerade dieser Paragraph große Schwierigkeiten. Ihre Lösung geht dahin, daß § 465 nur den Zweck habe,

1) Vgl. L e o n h a r d, § 33, S. 71.
2) E c c i u s, a. a. O., S. 323.
3) E c c i u s, a. a. O., S. 325; ebenso L o b e, a. a. O., S. 116.
4) L e o n h a r d, a. a. O., § 31, S. 68.

auszudrücken, daß, wenn einmal der Verkäufer dem Verlangen des Käufers zum Wandeln beigestimmt habe, dann das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandlung und Minderung — das ius variandi — aufgebraucht sei[1]). Dies sei die alleinige Bedeutung dieser Vorschrift. Zur Begründung dieser Ansicht führt die Herstellungstheorie die Entstehungsgeschichte des § 465 ins Feld, aus der sich ergebe, daß hiermit bezweckt war, einen Zeitpunkt zu bestimmen, von welchem ab der Käufer wirklich an sein Verlangen gebunden sein sollte. § 465 wäre also von vornherein nur dazu bestimmt, den Zeitpunkt der Bindung des Käufers an die Wahl zwischen Wandlung und Minderung, nicht diese Rechte selbst festzulegen. Daß aber durch die Bestimmung des § 465 die Gestaltung der Mängelansprüche festgelegt werden sollte, ergibt sich aus den Ausführungen in § 4 dieser Arbeit. Inbesondere aber läßt sich die Ansicht der Gegner, daß der § 465 lediglich den Zeitpunkt bestimme, in dem das ius variandi erlösche, auch aus dem Gesetz selbst widerlegen. Denn in § 481 ist bestimmt, daß u. a. auch der § 465 beim Viehkauf anzuwenden ist. Bekanntlich aber steht dem Käufer von mangelhaftem Vieh gar kein Wahlrecht zu, denn da nach § 487 die Minderung ausgeschlossen ist, bleibt für den Käufer nur der Wandlungsanspruch übrig[2]), und damit wäre für die Anwendung des § 465 bei § 487 kein Raum. Weiterhin ziehen unsere Gegner zur Unterstützung ihrer Ansicht den Wortlaut des § 465 heran und sagen[3]), daß hier „Vollziehung" nicht Ausführung, Vollführung bedeute, sondern nichts anderes als: definitiv werden. Der Ausdruck Vollziehung in § 465 könne nur die von Thiele[4]) formal genannte Bedeutung „zum Abschluß bringen" haben, derart also, daß der Verkäufer durch sein Einverständnis in die vom Kaufer gewählte Wandlung oder Minderung die getroffene Wahl zum Abschluß bringt. Zur Veranschaulichung seiner Auslegung weist Thiele auf die verschiedene Bedeutung des Wortes Vollziehung in einem gerichtlichen Urteil hin. Der Richter vollziehe ein Urteil, d. h. er versehe es mit seiner Unterschrift, er bringe es zum Abschluß. Der Vollstreckungsbeamte vollziehe es, d. h. er bringe es zur Ausführung. Thiele zieht hieraus die Schlußfolgerung, daß die Vollziehung der Wandlung und Minderung in § 465 nur im ersteren Sinne zu verstehen sei. Nur die auf Wandlung oder Minderung gerichtete Wahl habe ihren Abschluß gefunden. Für eine derartige grammatikalische Auslegung des Wortes „vollzogen" liegt aber u. E. gar keine Veranlassung vor. Ja sie muß geradezu als verfehlt erachtet werden. Denn darunter ist bei unbefangener Be-

---

1) Vgl. Haymann, a. a. O., S. 538 und S. 539; Lobe, a. a. O., S. 116; Thiele, a. a. O., S. 393.
2) Vgl. Leonhard, a. a. O., § 31, S. 68.
3) Haymann, a. a. O., S. 539.
4) Thiele, a. a. O., S. 389.

trachtung nichts anderes als „bewirkt“ [1]), „zur Ausführung gebracht“ [2]) zu verstehen und in diesem Sinne auch öfters im Gesetz gebraucht. So lesen wir z. B. in den §§ 525—528 BGB. von einer „Vollziehung einer Auflage“ bei Schenkungen, ebenso spricht auch § 2194 und § 2196 von einer „Vollziehung einer Auflage“. In diesen Stellen ist unter „Vollziehung“ die Erfüllung, die Ausführung des betreffenden Rechtsgeschäfts zu verstehen. Warum nun gerade in § 465 die Vollziehung eine andere Bedeutung haben soll, ist nicht einzusehen. Vielmehr bedeutet „vollzogen“ in § 465 wie überall im Gesetz nichts anderes als bewirkt, zur Ausführung gebracht. — So haben wir das Ergebnis: der § 465 will nicht nur zum Ausdruck bringen, in welchem Zeitpunkt der Käufer sein Wahlrecht verliert, sondern er gibt den Weg an, auf dem die Mängelansprüche zur Vollziehung, d. h. zur Ausführung gelangen. Wenn es nun auch, wie uns vorgehalten wird, seltsam ist, daß der § 465 das Wesen der Wandlung und Minderung in der Form eines bedingenden Satzes zum Ausdruck bringt, so ist dabei doch zu berücksichtigen, daß hier zugleich das ius variandi an eine Zeitgrenze gebunden werden sollte. In § 465 wird also einmal die Art der Vollziehung der Wandlung und Minderung angegeben, andererseits aber ist auch der Zeitpunkt für die Beendigung des ius variandi des Käufers bestimmt worden. Es hat somit das Gesetz durch die Fassung des § 465 ein zweifaches erreicht. — Das Ergebnis unserer Betrachtung und unsere Stellung zu dieser Frage können wir so zusammenfassen: Der Käufer hat beim Vorliegen von Mängeln i. S. der §§ 459, 460 die Gerechtsame der Wandlung und Minderung gemäß § 462. Der § 465 sagt dann, daß diese Mängelansprüche des Käufers zur Ausführung gelangt sind, wenn hierüber zwischen den Parteien Einverständnis herrscht, d. h. wenn sie einen auf Wandlung oder Minderung gerichteten Vertrag abgeschlossen haben. Es besteht also nach § 465 die Leistung des Verkäufers, auch wenn sie im Klagewege verlangt wird, stets in der Abgabe der Willenserklärung, daß er einverstanden sei mit dem Verlangen des Käufers, und nicht etwa in einer Rückzahlung oder Erlaß. Erst wenn die Wandlung vollendet ist, entspringen daraus ganz andersgeartete Rechte und Pflichten der Parteien. Daher ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Recht auf Wandlung und dem Rechtszustand auf Grund der vollzogenen Wandlung — dem Rechte aus der Wandlung. Diese verschiedenen Rechte erfahren auch verschiedene Behandlung insofern, als nur die Rechte auf Wandlung und Minderung den Spezialvorschriften über den Kauf unterstehen, und für die Rechte aus der Wandlung und Minderung die allgemeinen Regeln Platz greifen, was sich bei Ver-

---

1) Leonhard, a. a. O., § 31, S. 68.
2) Seidlmayer, a. a. O., S. 268.

jährung, Unmöglichkeit der Rückgabe u. a. m. zeigt[1]). Zugleich wird in § 465 der Zeitpunkt bestimmt, wann das dem Käufer zustehende Wahlrecht seine Erledigung findet; es kommt hier zum Ausdruck, daß mit dem auf Verlangen des Käufers erklärten Einverständnis zur Wandlung oder Minderung gleichzeitig das Wahlrecht des Käufers erloschen ist.

Nachdem wir so die Vorschrift des § 465 für unsere Vertragstheorie ins Feld geführt haben, soll weiterhin gezeigt werden, daß sich die Richtigkeit unserer Ansicht auch noch aus anderen Gesetzstellen ergibt. Obwohl diese freilich allein nicht ausschlaggebend sind, gewähren sie doch eine wesentliche Unterstützung der Grundbestimmung des § 465. Wesentlich kommt hierfür der § 467 in Betracht. Hierin ist bestimmt, daß auf die Wandlung die Mehrheit der für den vertragsmäßigen Rücktritt geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, insbesondere die §§ 446—448 und 350—354. Auffälligerweise ist nun gerade die Bestimmung des § 349, die vorschreibt, daß der Rücktritt durch Abgabe der einseitigen empfangsbedürftigen Erklärung des Rücktrittsberechtigten erfolgt, von der analogen Anwendung auf die Wandlung ausgeschlossen. Deutlicher kann doch die Vertragstheorie im Gesetz kaum bestätigt werden. Denn durch die Auslassung des § 349 in § 467 ergibt sich unzweifelhaft, daß die Wandlung keinesfalls durch eine einseitige Erklärung des Käufers erfolgt. Somit bleibt nur übrig, daß sie eben durch den in § 465 vorbezeichneten Weg bewirkt werden kann, da das BGB. andere Bestimmungen über die Vollziehung der Mängelansprüche nicht aufstellt. Diese Tatsache in Verbindung mit dem Wortlaut des § 465 hat auch das Reichsgericht in Bd. 59 S. 98 veranlaßt, der Vertragstheorie deutlich Ausdruck zu verleihen, wenn auch in dieser Entscheidung, wie Staub[2]) geltend macht, im Endergebnis der Zeitpunkt der vollzogenen Wandlung festgelegt werden sollte. — Zwar versuchen die Gegner[3]) dagegen einzuwenden, die Nichtaufführung von § 349 in § 467 zeige nur, daß ohne weitere Voraussetzung schon allein „wegen eines Mangels" das Gesetz dem Käufer die Ansprüche aus § 462, § 467 zubillige. Dieser Einwand muß jedoch sofort in sich zusammenfallen, wenn man berücksichtigt, daß die Rückgängigmachung des Kaufes nur durch die Geltendmachung des Wandlungsanspruchs erfolgen kann. Und diese Geltendmachung des Anspruchs ist ohne die Erklärung des Käufers, daß er Wandlung begehre, nicht denkbar[4]). Es bestehen also auch nach der Herstellungstheorie die Rechte aus §§ 462, 467 nicht ohne weiteres „wegen des Mangels" allein, sondern eine Erklärung des Käufers ist immer notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung

1) Vgl. Kloß, a. a. O., S. 287.
2) Staub, a. a. O., § 377, Anm. 60.
3) Haymann, a. a. O., S. 540.
4) Vgl. Leonhard, a. a. O., § 31, S. 69; Seidlmayer, S. 270.

der Ansprüche. Zudem sagen die Gegner ja selbst, daß die Rückgängigmachung nur durch eine Geltendmachung des Gewährleistungsanspruchs der Wandlung erfolgen kann. Bei dieser Sachlage ist es für die Gegner unerklärlich, warum die Vorschrift des § 349 von der Wandlung durch § 467 geflissentlich und bewußt ausgeschlossen ist. In der Tat bereitet dieser Ausschluß des § 349 den Herstellungstheoretikern große Schwierigkeiten. Uns aber bestätigt der § 467 die in § 465 zum Ausdruck gekommene Richtigkeit der Vertragstheorie.

Für die von uns vertretene Ansicht dürfte weiter aber auch der § 479 in Betracht kommen, durch den sie, wie Eccius selbst bemerkt [1]), eine indirekte Bestätigung gefunden hat. Diese Vorschrift des § 479 wird nur dann verständlich [2]), wenn der Anspruch des Käufers nur auf die Erklärung des Einverständnisses gerichtet ist; denn hier wird nicht der Wandlungs- und Minderungsanspruch, sondern lediglich der Anspruch auf Schadenersatz auch nach Ablauf der Verjährung als aufrechenbar behandelt, wenn der Käufer dem Verkäufer den Mangel vor Ablauf der Verjährung angezeigt hat. Die in § 462 genannten Mängelansprüche sind also nicht aufgeführt. — Ginge man aber davon aus, daß auch die Mängelansprüche auf Zurückzahlung des Kaufgeldes oder eines Teils desselben gerichtet wären — so müßte eine Aufrechnung mit ihnen auch dann zulässig sein, wenn der Mangel entgegen § 478 dem Käufer nicht rechtzeitig angezeigt wurde. Schon Flechtheim [3]) hat darauf hingewiesen, daß dieses Ergebnis mit der Bestimmung des § 479 nicht in Einklang zu bringen ist [4]).

§ 4.

Die Rechtfertigung der Vertragstheorie aus den Gesetzesmaterialien.

Um sich über die Richtigkeit der einen oder anderen Theorie klar werden zu können, ist es unumgänglich, auf die Vorgeschichte der Gesetzgebung zurückzugreifen; denn es kann für die Auslegung einer Gesetzesstelle von Bedeutung sein, auf Grund welcher Anträge, Beratungen und Beschlüsse die Stelle Gesetz geworden ist.

---

1) Eccius, a. a. O., S. 329.
2) Vgl. Schröder, S. 35 u. 36; Roeßner, S. 30.
3) In DJZ. 02, S. 320.
4) Vgl. hierzu Ausführungen auf S. 29.

Wenn auch zwar Roeßner [1]) sagt, „der Wille des Gesetzgebers für die Ergründung des Gesetzwillens nicht ausschlaggebend ist“, so lassen die Fassung der Anträge zum späteren Gesetz sowie die Beschlüsse der Beratenden doch erkennen, in welchem Sinne die Gesetzesstelle bei ihrer Entstehung ausgelegt worden ist. Und einer solchen Auslegung wird man wohl unter sonst gleichen Verhältnissen den Vorzug vor den anderen geben [2]). — Ebenso wie die Anhänger der Vertragstheorie vornehmlich aus den Gesetzesquellen ihren Standpunkt herleiten, stützen auch die Gegner ihre Beweisführung für die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie auf die Materialien des BGB. Während erstere die Kommission für die zweite Lesung für sich in Anspruch nehmen, greifen die Herstellungstheoretiker auf den ersten Entwurf zurück und führen aus, daß in diesem nichts enthalten sei, woraus hervorginge, daß das Recht auf Wandlung im Sinne der Vertragstheorie konstruiert sei. Daher ist nun zu prüfen, welche Auffassung vom Begriff des Wandlungs- und Minderungsrechts in der Entstehungsgeschichte des BGB. hervorgetreten ist, wobei es nicht zu vermeiden ist, einige Stellen der Vollständigkeit und besseren Darstellung wegen wörtlich wiederzugeben. — Der erste Entwurf zum BGB. traf die den jetzigen §§ 462, 465, 467 entsprechenden Bestimmungen über das Wandlungs- und Minderungsrecht in den §§ 383, 384 und 387, die nicht beim Kauf, sondern in den „Allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden“ ihren Platz gefunden hatten. Dem jetzigen § 462 entsprach der § 383 des ersten Entwurfs. Dieser lautete: „Ist die Haftung des Verkäufers nach den §§ 381, 382 (d. h. für Mängel der veräußerten Sache) begründet, so kann der Erwerber nach seiner Wahl verlangen entweder, daß der Vertrag rückgängig gemacht werde (Wandlung) oder daß die Gegenleistung herabgesetzt werde (Minderung).“ Gemäß § 384 i. V. m. §§ 208 und 209 Satz 1 sollte dann die Wahl zwischen dem Rechte der Wandlung und dem der Minderung vollzogen sein, wenn sie von dem Käufer gegenüber dem Verkäufer erklärt worden ist, und die vollzogene Wahl unwiderruflich sein. Damit war also nur zum Ausdruck gekommen, daß die Wahl durch einseitige Erklärung vollzogen werden sollte, während über den Vollzug der Wandlung und Minderung selbst nichts gesagt ist. Nun folgert Haymann [3]) daraus, daß in dem ersten Entwurf eine ähnliche Bestimmung wie die des heutigen, für den Begriff des Wandlungs- und Minderungsrechts maßgebenden, § 465 fehlte, daß der erste Entwurf das Recht der Wandlung nicht im Sinne der Vertragstheorie ausgestaltet habe. Aber wir können dem die Bestimmung des § 387 des ersten Ent-

1) Roeßner, a. a. O., S. 20.
2) Aehnlich auch Schröder, a. a. O., S. 28.
3) a. a. O., S. 531.

wurfs entgegenhalten . Denn in diesem Paragraph sind die Vorschriften der §§ 427—430, 433 des ersten Entwurfs, welche das vertragsmäßige Rücktrittsrecht betreffen, auf das Recht der Wandlung für entsprechend anwendbar erklärt. Aber auf die Bestimmung des § 426 E I, wonach der vertragsmäßige Rücktritt vollzogen sein sollte, wenn ihn der Berechtigte dem anderen Teile gegenüber erklärt hat, ist auffälligerweise nicht verwiesen. Es sollte also die Bestimmung, daß der vertragsmäßige Rücktritt durch die Erklärung des Berechtigten allein vollzogen sei, für die Wandlung nicht gelten. Hierdurch ist ebenso wie im heutigen BGB. durch die Nichtverweisung in § 467 auf § 349 klar zum Ausdruck gebracht, daß die einseitige Erklärung des Berechtigten zur Vollziehung der Wandlung nicht genügen sollte. Sondern wie Siedlmayer [1]) schon betont hat, zwingt diese Nichtverweisung zu dem Schlusse, daß eben zur Vollziehung der Wandlung ein Mitwirken des Verkäufers erforderlich sein sollte; und dieses Mitwirken sollte in seiner Zustimmung bestehen, wodurch dann eine Einigung beider Teile über die Berechtigung und zur Vollziehung der verlangten Wandlung erfolgen sollte. Dieses Argument spricht zweifelsohne für die Vertragsnatur der Wandlung. Daher konnte auch die zweite Kommission mit gutem Recht bei ihren Beratungen die Auffassung vertreten, daß auch der erste Entwurf bereits auf dem Boden der Vertragstheorie stand. — Aber die Herstellungstheoretiker glauben dennoch, daß die Verfasser des ersten Entwurfs auf dem Standpunkt der Herstellungstheorie gestanden hätten, und führen hierfür die Bemerkung in den Motiven (II S. 230) ins Feld, wonach „die an die Wandlung sich knüpfenden Rechte und Pflichten der Parteien unmittelbar und nicht erst durch ein sich anschließendes Rechtsgeschäft oder Urteil hervorgerufen und die Vertragschließenden untereinander obligatorisch so berechtigt und verpflichtet werden, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.“ — Hiermit, sagt Haymann [2]), sei die Vertragstheorie mit dürren Worten abgelehnt. Dem ist aber nicht so; denn wie Seidlmayer [3]) hierzu richtig ausführt, spricht diese Stelle nur von Rechten, die sich an die bereits b e s t e h e n d e W a n d l u n g knüpfen, und der Sinn der Stelle ist: „ist die Wandlung zur rechtlichen Existenz gekommen — und dies ist, wie oben ausgeführt, durch einseitige Erklärung des Berechtigten allein nicht möglich —, so entspringen die Rechte und Pflichten hieraus ebenso von selbst, wie bei dem auf einseitige Erklärung hin zur Entstehung kommenden vertragsmäßigen Rücktritt, d. h. die Vertragsteile sind ebenso berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertrag von Anfang an nicht geschlossen wäre“ (§§ 387, 427 E I).

---

1) a. a. O., S. 256.
2) a. a. O., S. 531.
3) a. a. O., S. 256.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der erste Entwurf nicht, wie die Gegner behaupten, ausgesprochen auf dem Standpunkt der Herstellungstheorie stand, sondern aus der negativen Formulierung des § 387 (in dem der § 426 bewußt ausgelassen ist), geht hervor, daß auch der erste Entwurf den Vollzug der Wandlung im Sinne der Vertragstheorie regeln wollte, wenn er auch eine ausdrückliche Bestimmung hierfür nicht enthielt.

Um so deutlicher haben aber dann die Redaktoren des zweiten Entwurfs in den Protokollen zum Ausdruck gebracht, daß die Vollziehung der Mängelansprüche im Sinne der Vertragstheorie zu erfolgen habe. Diese Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. stellte die Vorschriften über die Gewährleistung unter diejenigen über den Kauf und beschloß, zunächst die Frage zu beraten, ob dem Käufer im Falle der Haftung des Verkäufers für Gewährsmängel das Recht zustehen solle, durch einseitige empfangsnicht annahmebedürftige Willenserklärung vom Vertrage zurücktreten, oder ob ihm ein Anspruch des Inhalts zu geben sei, daß der Verkäufer in die Wandlung einwillige [1]). Dabei wurden von der Mehrheit dieser Kommission folgende Erwägungen angestellt [2]): „Man könne das Verhältnis ohne Zwang in der Art gestalten, daß der Mangel den Käufer berechtige, die Aufhebung des Kaufs oder die Herabsetzung des Kaufpreises durch einen darauf gerichteten Vertrag von dem Verkäufer zu verlangen. Weigere sich der Verkäufer, einen solchen Vertrag einzugehen, so könne er darauf verklagt werden und seine Einwilligung werde durch das rechtskräftige Urteil nach den Vorschriften der ZPO. ersetzt. Als Folge der Aufhebung des Kaufs ergebe sich dann von selbst das Recht des Käufers, die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern, und falls er bereits gezahlt habe, das Gezahlte zurückzufordern, wobei er sich dann freilich seinerseits zur Herausgabe der erhaltenen Sache erbieten müsse.“ Aus diesen Erwägungen wurde dann, dem Vorschlag der Mehrheit entsprechend, beschlossen, das Wandlungsrecht so zu gestalten, daß der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufvertrags, die Annahme des auf diese gerichteten Vertragsantrags verlangen könne. Hieraus geht einwandfrei hervor, daß die Redaktoren des zweiten Entwurfs den Inhalt der Gewährleistungsansprüche im Sinne der Vertragstheorie normieren wollten. Dieser von der Mehrheit der zweiten Kommission eingenommene Standpunkt hat auch späterhin keine Aenderung erfahren, sondern wurde vielmehr nochmals in folgenden Worten ausgedrückt [3]): „Das Gesetz müsse der Rechtsanwendung einen deutlichen Fingerzeig über die ihm zugrundeliegende Konstruktion geben.

---

1) Prot. I, S. 674 ff.
2) Prot. I, S. 680.
3) Prot. I, S. 710.

Der Entwurf konstruiere das Recht auf Wandlung nicht als das Recht, durch eine einseitige Erklärung den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, sondern als Anspruch, kraft dessen der Käufer vom Verkäufer die Einwilligung in die Aufhebung des Kaufs, die Annahme des auf diese gerichteten Vertragsantrags, verlangen könne. Die Wandlung sei mithin vollzogen mit der Erklärung des Einverständnisses seitens des Verkäufers oder der diese ersetzenden Verurteilung desselben.“ In diesem Protokoll der zweiten Kommission hat also die Vertragstheorie eine wichtige Stütze, und auch unsere Gegner [1]) müssen zugeben, daß die Gestaltung des Wandlungs- und Minderungsrechts von den Redaktoren dem Gesetz im Sinne der Vertragstheorie zugrunde gelegt worden ist.

§ 5.

Die praktischen Vorzüge der Vertragstheorie.

Nachdem wir so die Richtigkeit der Vertragstheorie an Hand der Gesetzesmaterialien, der Grundbestimmung des § 465 und einzelner Nebenbestimmungen des Gesetzes nachgewiesen zu haben glauben, wendet sich unsere Betrachtung nunmehr der praktischen Wertung der Vertragstheorie zu. Die Herstellungstheoretiker behaupten, daß die Vertragstheorie „zu unerträglichen praktischen und konstruktiven Schwierigkeiten führe“ [2]), und daß sie deswegen „mit den modernen Anschauungen, insbesondere mit den Verkehrsbedürfnissen in diametralem Gegensatz stehe“ [3]). Umgekehrt soll gezeigt werden, daß gerade unsere Auffassung gegenüber der Herstellungstheorie nicht unbedeutende praktische Vorzüge aufweist. Und auch dieser Umstand, auf den Leonhard [4]) zuerst hingewiesen hat, ist geeignet, der Vertragstheorie den Vorzug zu geben. Eine vertragliche Regelung der Frage erscheint geboten, um die durch den Mangel entstehenden Schwierigkeiten sachgemäß zu lösen. Es ist zu bedenken, daß dem Käufer durch die Aufnahme des Gewährleistungsrechts eine große Begünstigung zuteil geworden ist. Um so mehr muß verhindert werden, daß er den Verkäufer durch das Wandlungs- oder Minderungsbegehren einfach überfällt. Letzterer muß daher in der Art und Weise der Durchführung der dem Käufer zustehenden Mängelansprüche geschützt werden. Dies konnte aber nicht besser geschehen als durch die Aufnahme der Vertragstheorie. Der Käufer wird hierdurch genötigt, sich zunächst mit dem Verkäufer in eine

---

1) z. B. Haymann, a. a. O., S. 529; Thiele, a. a. O., S. 387.
2) Vgl. Staub, a. a. O., § 377, Anm. 59.
3) Vgl. Thiele, a. a. O., S. 395.
4) Leonhard, a. a. O., § 32, S. 69.

Verhandlung einzulassen, durch die dem Verkäufer Gelegenheit gegeben wird, sich zu dem Fehler und dessen Beseitigung zu äußern. Es finden Verhandlungen statt, die sich auch auf die Frage einer gütlichen Beilegung des über die gelieferte Ware entstandenen Streites beziehen. Dabei ist es von besonderer Wichtigkeit, daß sich die Parteien über zwei Punkte einig werden. Zunächst, ob ein die Gewährleistungspflicht des Verkäufers auslösender Mangel überhaupt vorliegt. Sodann sollen sich die Parteien auch darüber einigen, welches Recht der Käufer aus diesem Mangel herleiten will. So kommt es z. B. überaus häufig vor, daß der Verkäufer im Interesse seiner Kundschaft sich zur Beseitigung des Fehlers erbietet oder ein Ersatzstück zu liefern bereit ist, womit der Käufer einverstanden ist. In anderen Fällen aber ist es für den Verkäufer wertvoll, sich mit dem Käufer darüber klar zu werden, ob gewandelt oder gemindert werden soll. Dabei hat der Verkäufer die Möglichkeit, durch gütliches Einwirken auf die Entschlüsse des Käufers Beachtung und Rücksichtnahme auf ihm entstehende Nachteile zu erreichen [1]). Oft stellt für den Verkäufer das Wandlungsbegehren einen großen Nachteil gegenüber dem Minderungsbegehren dar, wenn er z. B. die fehlerhafte Sache nicht mehr loswerden kann und auch selber für sie keine Verwendung mehr hat. Dann wird es nicht selten vorkommen, daß sich der Käufer, dem es auf eine tadellose Beschaffenheit der Sache nicht ankommt, bereit findet, dieselbe für einen erheblich niedrigeren Preis zu behalten. Aber auch für den Fall, daß der Käufer kurz und schroff Wandlung verlangt hat, soll durch dieses einseitige Vorgehen eine endgültige Erledigung noch nicht eintreten [2]); denn wie schon hervorgehoben, kann er seine Wahl noch ändern, ohne daß der Verkäufer widersprechen kann. Desgleichen kann aber auch ein Dritter, der schon aus der einseitigen Erklärung Rechte ableiten will, nicht widersprechen, wenn der Käufer seine getroffene Wahl ändert. So ist durch die einseitige Erklärung des Käufers, das er wandele, ein Geldanspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises noch nicht zur Entstehung gelangt. Dies ist insofern von Bedeutung, als ein Gläubiger des Käufers diesen Geldanspruch noch nicht pfänden kann. Möglich ist es, daß sich die Parteien des Kaufvertrages hinterher noch dahin einigen, daß der Verkäufer den Mangel beheben soll. Da jener Anspruch noch nicht pfändbar ist, so ist er auch gemäß § 394 BGB. nicht zur Aufrechnung geeignet. Desgleichen kann aber auch nicht gegen den Anspruch auf Vertragsabschluß wegen mangelnder Gleichartigkeit des Gegenanspruchs aufgerechnet werden, vielmehr ist erst dann eine Aufrechnung gegeben, wenn durch Vertrag die Wandlung vollzogen ist. Auf diese Weise erklärt sich auch die Bestimmung des § 479, auf die schon hingewiesen

---

1) Vgl. auch Schröder, a. a. O., S. 37.
2) Vgl. Leonhards Ausführungen a. a. O., S. 69.

wurde. Die Nichterwähnung der Ansprüche aus dem § 462 in § 479 ist nur mit Hilfe der Vertragstheorie zu erklären. Denn wenn der § 479 nur den Anspruch des Käufers auf Schadensersatz und nicht auch die Mängelansprüche noch nach Ablauf der Verjährung für aufrechenbar erklärt, falls der Käufer dem Verkäufer den Mangel vor Verjährungsablauf angezeigt hat, so findet dies nur darin seine Erklärung, daß eben ein aufrechenbarer Anspruch vor Abschluß des Wandlungsvertrages noch nicht besteht.

Weiterhin weist aber die Vertragstheorie auch bei der Minderung gegenüber der Herstellungstheorie praktische Vorzüge auf. Denken wir an den Fall, daß der Käufer — um bei Leonhards Beispiel zu bleiben — Minderung um die Hälfte des Kaufpreises begehrt und der Richter eine Minderung nur etwa um ein Viertel für angemessen hält, so müßte nach der gegnerischen Ansicht der Richter eine Minderung um ein Viertel aussprechen. Nur dann wäre es anders, wenn der Käufer auch hilfsweise eine Minderung um einen niedrigeren Satz gefordert hätte. Dieses Ergebnis halten die Gegner für richtig und erblicken in der einfachen Art und Weise, in der die Sache ihre Erledigung findet, noch einen großen Vorzug ihrer Lehre. Dem muß aber widersprochen werden. Denn wie schon betont, kann bei der Minderungsklage der Käufer Herabsetzung des Kaufpreises um einen bestimmten Betrag verlangen. Hält aber der Richter die verlangte Herabsetzung nicht für angemessen und billigt er dem Käufer nur eine erheblich geringere Herabsetzung des Kaufpreises zu, so wird dem Käufer an einer solch unerheblichen Minderung des Kaufpreises oft nicht mehr viel gelegen sein. Der Käufer wird dann mitunter lieber wandeln wollen und aus diesem Grunde hat der Richter ihm Gelegenheit zu geben, sich darüber zu entscheiden, ob er auf der Minderung bestehen bleiben will oder nunmehr Wandlung begehrt [1] [2].

Zwar ist der Herstellungstheorie der Vorzug einzuräumen, daß nach ihrer Ansicht sich der ganze Vorgang in einfacher Weise erledigt. Daß aber diese Einfachheit des einseitigen Aufhebungsrechtes einen Vorzug für die praktische Durchführung der Mängelansprüche bedeutet, muß bezweifelt werden. Denn wie wir gesehen haben, führt die Meinung unserer Gegner dahin, daß der Käufer den Vollzug der Wandlung und Minderung durch einseitige Erklärung herbeiführen kann, daß er also nach Art der Anfechtung seine Rechte einseitig wahren und ausüben kann. Ein derartiges einseitiges Aufhebungsrecht bringt aber erhebliche Nachteile mit sich, da — wie Flechtheim [3] ausführt —, „die Bequemlichkeit der Ausübung leicht zu einem unbedachten und bald bedauerten Gebrauche

---

1) Vgl. auch Planck, a. a. O. zu § 465, Anm. 2 a β

2) Daß ein Uebergang von dem einen Recht auf das andere auch während des schwebenden Prozesses zulässig ist, ist bereits ausgeführt auf S. 18

3) Flechtheim, a. a. O., S. 66.

verleitet". Auch wird der Gegner oftmals der Erklärung dann keine Bedeutung beimessen, wenn er die Voraussetzungen für die Ausübung des einseitigen Aufhebungsrechts nicht für vorliegend erachtet. Es entsteht dann bis zur endgültigen richterlichen Entscheidung über das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen, wie Flechtheim richtig bemerkt, ein für beide Teile gefährlicher Schwebezustand. Denn weil der Richter nur über die Wirksamkeit der außergerichtlich abgegebenen Willenserklärung zu entscheiden hat, kommt seinem Urteil insofern lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Danach gilt, je nachdem wie die Entscheidung ausfällt, die vom Erklärenden gewollte Rechtswirkung als mit Abgabe der einseitigen Erklärung eingetreten oder aber der frühere Rechtszustand gilt als fortbestehend. Mithin ergibt sich, daß die Vertragstheorie auch aus praktischen Gründen und Gründen der Zweckmäßigkeit der Herstellungstheorie vorzuziehen ist [1]), da bei ersterer diese Nachteile ausgeschaltet sind, indem durch das Erfordernis der Einverständniserklärung (Einigung) einerseits übereiltem und überstürztem Handeln des Käufers vorgebeugt ist, andererseits aber auch der Verkäufer genügend geschützt ist. Nach alledem ist also das Ergebnis unserer Untersuchung, daß die vom Gesetzgeber gewollte Vertragstheorie im Gesetz durch die Grundbestimmung des § 465 und durch einzelne Nebenbestimmungen mehrmals mit klaren Worten hinreichend zum Ausdruck gelangt ist, und daß sie insbesondere auch in ihrer praktischen Anwendung gegenüber der Gegenmeinung Vorzüge aufweist, die dazu angetan sind, unsere Theorie als die richtige zu bezeichnen.

---

1) Vgl. auch Leonhard, a. a. O., § 32, S. 70.

III. Abschnitt:

Einwendungen der Herstellungstheoretiker gegen unsere Ansicht und deren Würdigung.

Die Gegner haben zwar zahlreiche Versuche angestellt, die Richtigkeit der Vertragstheorie zu widerlegen und haben zu diesem Zweck eine Menge von Einwendungen sowohl materiell- als auch prozeßrechtlicher Art erhoben. Im folgenden sollen daher die wichtigsten von ihnen hervorgehoben werden, und eine Würdigung derselben wird uns zeigen, daß sämtliche Angriffe gegen unsere Theorie nicht geeignet sind, sie zu erschüttern.

§ 6.

Die Einwendungen in materiellrechtlicher Hinsicht.

In materiellrechtlicher Hinsicht hat man zunächst vorgebracht, daß der juristische Sinn des Wortes „Verlangen" in § 465 nicht der des Vertragsantrags sei. So weist Werner [1]) darauf hin, es sei auffallend, daß das Gesetz gerade hier nicht Ausdrücke wie „Antragen", „Vereinbaren", „Einigen" oder „Uebereinkommen" gebrauche, die es doch sonst für die vertragsmäßige Willensübereinstimmung verwende. Auch zeige eine analoge Anwendung des Wortes „Verlangen" auf andere Gesetzesbestimmungen, daß „Verlangen" fast nie im Sinne eines Vertragsangebotes gebraucht werde [2]). Daraus, daß nach seiner Ansicht das Verlangen inhaltlich nicht einem Vertragsantrag zu genügen braucht, folgert Werner, daß auf das „Verlangen" und „Einverstanden-erklären" in § 465 die Grundsätze über den Vertragsschluß nicht anzuwenden sind. Diesen Einwand hält selbst Thiele [3]), ein Gegner unserer Ansicht, nicht für stichhaltig. Denn daß das „Verlangen" im Gesetz mehrfach ein Vertragsangebot darstellt, zeigt uns schon § 749 BGB. In diesem Paragraph stellt das Verlangen der Aufhebung der Gemeinschaft einen Anspruch auf Einwilligung der übrigen Teilnehmer in die Aufhebung der Gemein-

---

1) Werner, a. a. O., S. 283.
2) Vgl. insbesondere auch Grabener in Gruch. 50, S. 255.
3) Thiele, a. a. O., S. 397.

schaft dar, also einen Vertragsantrag. Ebenso sagt auch Eccius[1]), daß das in § 465 erwähnte Verlangen das Verlangen nach Zustimmungserklärung zum Inhalt habe, und daß dasselbe ein Angebot zum Vertragsschluß enthalte. Im übrigen wird man auch nicht das einzelne Wort „Verlangen“ herausgreifen dürfen, sondern wenn man den richtigen Sinn verstehen will, so ist eine Betrachtung des Wortes im Zusammenhang mit dem ganzen Satz notwendig. Dann kommt man zu dem Ergebnis, daß „Verlangen“ und damit „Einverstanden-erklären“ nichts anderes als einen Vertragsabschluß darstellt[2]).

Der Hauptgrund, aus dem die Gegner dem Verlangen die Natur eines Vertragsangebots absprechen, ist, daß der Verkäufer sein Einverständnis abgeben muß, wenn der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache Wandlung oder Minderung verlangt. Weil der Verkäufer das Verlangen unter der Voraussetzung der Mangelhaftigkeit nicht ablehnen kann, sondern gezwungen ist, es anzunehmen, könne dies nicht einen Vertragsabschluß darstellen, weil den Beteiligten jede Vertragsfreiheit fehle. So führt Thiele[3]) aus, daß der im Gesetz ausgesprochene Zwang, einen Vertrag eines bestimmten Inhalts abzuschließen, mit dem das Gesetzbuch beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit in Widerspruch stehe. Denn es gäbe im BGB. keinen einzigen Fall, in welchem die Verpflichtung, einen Vertrag einzugehen, ausgesprochen sei. Aber das ist durchaus nicht zutreffend; es gibt auch Verträge, zu deren Abschluß man verpflichtet ist. So sind es die Eisenbahn, die Post, die konzessionierten Apotheken und manche ähnlichen Betriebe[4]). Außerdem ist bei jedem gültigen Vorvertrag der Hauptvertrag zu erzwingen; desgleichen kann sowohl kraft letztwilliger Verfügung (z. B. Auflage) eine Verpflichtung zum Vertragsschlusse bestehen, als auch kraft Gesetzes. So führt Haymann[5]) mit Recht aus, daß diese Verpflichtung auch für einen Schuldner besteht, der ohne rechtlichen Grund von seiner Schuld befreit ist, oder für einen Gläubiger, dessen Forderung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt. „In allen diesen Fällen — so sagt Haymann — ist das Ziel, welches die Rechtsordnung durch das Gebot des Vertrags erreichen will, ohne Vertragsschluß nicht zu verwirklichen.“ Sonach erscheint also ein Vertrag, den der eine Teil gezwungenermaßen eingehen muß, als nichts Außergewöhnliches. Im übrigen geht dies auch wohl aus § 894 ZPO. hervor, der doch besagt, daß die fehlende Zustimmungserklärung der einen Partei durch rechtskräftiges Urteil ersetzt wird. Dieser Paragraph findet

---

1) Eccius, a. a. O., S. 323.
2) Desgl. Oertmann, a. a. O. zu § 465, Anm. 1 d; Endemann, a. a. O., § 161, Anm. 34.
3) Thiele, a. a. O., S. 399.
4) Im einzelnen aufgeführt bei Biermann, in Iher. Jahrb. 32, S. 267 ff.
5) Haymann, a. a. O., S. 540 u. 542.

gerade dann Anwendung, wenn eine Partei zum Vertragsabschluß gezwungen werden kann, wenn sie dies freiwillig nicht tut.

Weiterhin ist gegen unsere Ansicht geltend gemacht worden[1], daß im Falle des § 465 der Käufer stets als erster das Verlangen nach Wandlung oder Minderung stellen müsse, und daß dies dem Wesen des Vertrages, daß grundsätzlich jeder der beiden Teile das Vertragsangebot dem anderen Teile zuerst machen kann, widerspreche. Dagegen meine ich, daß das Vertragsangebot sowohl vom Käufer als auch vom Verkäufer zuerst gestellt werden kann. Außerdem aber liegt es in der Natur der Sache, daß der Anstoß zur Wandlung oder Minderung nur vom Käufer, der die mangelhafte Sache in Händen hat, ausgehen wird. Die Vorschrift des § 466 gibt dem Verkäufer nun das Recht, sich zur Wandlung unter einer Fristbestimmung zu erbieten. Dieses Erbieten des Verkäufers läßt sich sehr wohl als Aufforderung zur Offerte an den Käufer auffassen mit der Wirkung, daß, wenn die von ersterem gestellte Frist ohne Antrag des Käufers verstreicht, dieser seines Rechts zur Offerte verlustig geht. Hiernach stellt sich der § 466 als eine Schutzbestimmung[2] für den Verkäufer dar, der mitunter ein großes Interesse daran hat zu erfahren, von welchem Recht der Käufer Gebrauch machen will. Auf diese Weise kann der Verkäufer das oft zu weitgehende ius variandi des Käufers zum Erlöschen bringen. — Jedenfalls aber wird es für den Vertragsschluß in § 465 gleichgültig sein, von wem das Vertragsangebot ausgeht. So hebt auch Haymann[3] hervor, daß die Vertragstheorie dem § 465 nur den einfachen Grundgedanken entnimmt, daß sich die Wandlung nur durch einen Vertrag verwirklichen läßt. Wir meinen, daß in dem „Auffordern" des Käufers „unter Erbieten der Wandlung" zweifellos ein Vertragsantrag zu sehen ist, für welchen dann das „Verlangen" des Käufers sich als Annahme darstellt[4].

Ebenso wie die bisherigen Einwendungen ist aber auch der Einwand, den Eccius[5] und mit ihm Matthiaß[6] bezüglich des Formerfordernisses des Wandlungsvertrages bei Grundstücken erheben, nicht stichhaltig. Beide Schriftsteller machen darauf aufmerksam, daß, wenn die Wandlungsabrede die Pflicht zur Rückübereignung eines verkauften Grundstücks begründen solle, dieser Vertrag, um

---

1) Vgl. Grabener, Gruch. Beitr. 50, S. 255.

2) Vgl. Staudinger, a. a. O., § 466, Anm. 1 und Oertmann a. a. O. zu § 466, der darauf hinweist, daß die Schutzbestimmung des § 466 dem Verkäufer hauptsächlich dazu diene, um Spekulationen des Käufers auf seine Rechnung zu bekämpfen.

3) Haymann, a. a. O., S. 543.

4) So auch Oertmann, a. a. O. zu § 466, Note 4 und Schröder a. a. O., S. 40.

5) Eccius, a. a. O., S. 328.

6) Matthiaß, a. a. O., S. 208 und Wendt, a. a. O., S. 270; desgl. auch Endemann, a. a. O., § 161, Anm. 36.

formell rechtsbeständig zu sein, nach § 313 BGB. der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe. Würde dies zutreffen, so würde ein solches Formerfordernis für den Wandlungsvertrag in der Tat eine unangenehme Konsequenz der Vertragstheorie darstellen. Wir müssen aber das Formerfordernis verneinen; denn es erscheint für den Wandlungsvertrag nicht sachgemäß und nicht der Natur entsprechend, da die Rückübertragung eine gesetzliche Folge des Vertrages ist. Ist ja doch der Sinn des § 313 der, daß durch die vorgeschriebene Form einer leichtfertigen und unüberlegten Veräußerung von Grundstücken vorgebeugt werden soll. Durch das vorgeschriebene Formerfordernis werden die Parteien auf die Wichtigkeit und die Folgen des Vertrages hingewiesen. Im Falle der Wandlung, durch die doch gerade der frühere Zustand wieder hergestellt werden soll, dürfte eine Formvorschrift mit dieser Zweckbestimmung nicht nötig sein [1]. Selbst Thiele [2], ein Gegner unserer Ansicht, erklärt, daß es dahingestellt bleiben könne, ob die Vertragstheorie zu dieser Konsequenz nötige. Richtig scheinen uns auch die Ausführungen Oertmanns [3], der ebenfalls zur Ablehnung dieses Formerfordernisses kommt; er sagt, daß die Bestimmung des § 313 lediglich die Veräußerungsverträge von Grundstücken treffen wolle, die durch freie Willenseinigung der Parteien zustande kommen, und da es sich hier um einen gesetzlich erzwingbaren Vertrag handele, sei § 313 hierauf nicht anzuwenden; widersinnig wäre es, wenn man dem Käufer erst diesen Anspruch zubillige, um ihn dann durch die Formvorschrift des § 313 zu erschweren.

Des weiteren wird die Vertragstheorie auf Grund des § 480 BGB. bekämpft [4], der sich auf den Kauf bei Gattungssachen bezieht. In diesem Paragraph heißt es, daß der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache statt der Wandlung oder Minderung verlangen kann, daß ihm anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden nach Satz 2 desselben Paragraphen die für die Wandlung geltenden Vorschriften der §§ 464, 466 ... entsprechende Anwendung, also auch der § 465. Demnach würde sich nach unserer Ansicht — so folgern die Gegner — beim Gattungskauf der dem Käufer nach § 480 zustehende Anspruch auf Nachlieferung in die Form eines Anspruchs auf Vertragsabschluß zur Einwilligung in dieselbe gestalten. Es gehe dies aus der Verweisung in § 480 Satz 2 auf § 465 hervor. Da aber nach der Fassung des § 480 das Recht nur so geltend gemacht werden könne, daß sogleich und unmittelbar die Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt wird, so würde — sagt Haymann — „der erste und der zweite Satz des § 480 einen unlöslichen Widerspruch enthalten,

---

1) Planck, a. a. O. zu § 465, Anm. 2 a β.
2) Thiele, a. a. O., S. 421.
3) Oertmann, a. a. O. zu § 313, Anm. 2 e β und zu § 465, Anm. 1 b.
4) Insbesondere von Haymann, a. .a .O., S. 541.

falls die Auslegung der Vertragstheorie von § 465 richtig wäre". Zwar bedarf es zur Geltendmachung des Anspruchs auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache nicht erst eines Vertragsschlusses, denn § 480 gewährt dieses Recht unmittelbar. Aber unrichtig ist die Ansicht und Schlußfolgerung der Gegner, daß der § 465 auch sonst einen Vertragsschluß nicht erfordere. Denn sie übersehen hierbei, daß der § 465 in § 480 Satz 2 nur für „entsprechend" anwendbar erklärt worden ist. Diese entsprechende, nicht wörtliche, Anwendung ist aber darin zu erblicken, daß das Wahlrecht des Käufers zwischen den ihm nach § 480 zustehenden Gerechtsamen mit der Zustimmung des Verkäufers zum Verlangen der Nachlieferung erlischt [1]). Wir haben bereits ausgeführt, daß der § 465 nicht nur die Erklärung gibt, wie die Mängelansprüche zu vollziehen sind, sondern daß er zugleich den Zeitpunkt angibt, wo das Wahlrecht des Käufers zwischen Wandlung und Minderung erlischt. In dieser letzteren Beziehung allein ist die entsprechende Anwendung des § 465 auf den Nachlieferungsanspruch möglich und gewollt. Diese Erklärung, daß wenn der Verkäufer der Nachlieferung einer mangelfreien Sache zustimmt, das ius variandi des Käufers beendet sein soll, stellt die entsprechende Anwendung des § 465 zur Genüge dar, sodaß dieselbe nur die Feststellung des für die Konzentration maßgebenden Zeitpunktes bedeutet, und von einem Widerspruch zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 480 keine Rede sein kann. Derselben Ansicht ist auch Oertmann [2]). Jedoch geht dieser Schriftsteller wohl zu weit, wenn er ausführt, daß sich dieser Zeitpunkt in sinngemäßer Anwendung des § 465 durch die Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflicht, also durch die tatsächliche Nachlieferung bestimme, und daß daher in dem entsprechend angewendeten § 465 die Worte „einverstanden erklären" auszumerzen seien. Denn das Wahlrecht des Käufers geht durch die Vollziehung der Nachlieferung doch ohne weiteres unter. Zudem muß eine derartige Auslegung des Wortes „entsprechend" als unzulässig erachtet werden.

Die Gegner glauben ferner sich zur Ablehnung der Vertragstheorie auf § 478 berufen zu können, indem sie daraus ableiten, daß die Wandlung und Minderung nicht durch Vertrag vollzogen werden müsse, sondern auch durch Einrede geltend gemacht werden könne. — In dieser Vorschrift wird auch nach der Vollendung der Verjährung des Klageanspruchs dem Käufer das Recht zugebilligt, unter gewissen Voraussetzungen die Zahlung des Kaufpreises zu verweigern. Damit ist allerdings zweifelsohne anerkannt, daß eine solche Einrede schon vor Vollendung der Verjährung besteht, was

---

1) Vgl. Endemann, § 161, Anm. 5; Planck, § 480, Anm. 3 b; RG. 94, 331.

2) a. a. O. zu § 480, Anm. 3 c.

durch das Wörtchen „auch“ noch besonders klargestellt ist [1]). Aber man kann hieraus nicht schließen, daß die Wandlung und Minderung im Wege der Einrede durch einseitiges Vorbringen geltend gemacht und vollzogen werden könne, weil der Käufer mit seiner Einrede nicht einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages, sondern direkt ein Recht auf Wandlung oder Minderung geltend mache [2]). Denn die Wirkung einer solchen geltend gemachten Wandlungs- oder Minderungseinrede besteht keineswegs darin, daß die Wandlung oder Minderung vollzogen wird [3]). Aufgabe und Zweck der Einreden ist es, Tatsachen zur Entkräftung des Klagevorbringens anzuführen; sie dienen also lediglich zur Abwehr geltend gemachter Rechte, oder wie Flechtheim [4]) sagt, sind sie die defensive Verteidigung gegen den klägerischen Angriff. Demnach sind Einreden auch nicht geeignet, selbst Rechte und Rechtsverhältnisse zu schaffen.

Verfasser ist auch der Auffassung von Neumann [5]), daß der fällige Anspruch des Käufers auf Vollziehung der Wandlung und Minderung in der Gestalt der Einrede lediglich ein Zurückbehaltungrecht des Käufers an dem Kaufpreis begründe (§ 273) mit der Wirkung, daß der Käufer zur Leistung Zug und Zug gegen die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandlung oder Minderung verurteilt werde [6]). Denn sie führt zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der Käufer verurteilt werden müßte, das Kaufgeld zu zahlen gegen Abschluß eines Vertrages, nach welchem er das Kaufgeld, zu dessen Zahlung er verurteilt worden ist, wieder zurückfordern kann. Aber auch die Bedeutung, die Flechtheim [7]) der Geltendmachung dieser Einrede beilegt, ist nicht zutreffend. Er sieht in der Einrede der Wandlung oder Minderung einen Anwendungsfall des Schikaneverbots aus § 226 BGB. entsprechend dem Grundsatz: dolo facit qui petit quod statim redditurus sit. Dem ist entgegenzuhalten, daß § 226 kein Verweigerungsrecht wie im Falle des § 478, sondern ein vom Gericht eo ipso zu berücksichtigendes Verbot enthält [8]). Außerdem braucht man auf derartige etwas gekünstelt erscheinende Erklärungen hinsichtlich des Wesens der Wandlungs- oder Minderungseinrede garnicht zurückzugreifen. Denn viel näher liegend ist die Auffassung, die von Leonhard [9]) vertreten wird, daß der Käufer sich mit der erhobenen Einrede lediglich auf sein Recht zur Wand-

---

1) Vgl. Hellwig, a. a. O., S. 294.
2) Thiele, a. a. O., S. 418; Eccius, a. a. O., S. 321 und Matthiaß, a. a. O., S. 207.
3) Vgl. Flechtheim, a. a. O., S. 83.
4) Flechtheim, a. a. O., S. 84.
5) Neumann, a. a. O. zu § 462 II, 1b.
6) Dies ist auch von Eccius, a. a. O., S. 322 und von Flechtheim, a. a. O., S. 83 schon hervorgehoben worden.
7) Flechtheim, a. a. O., S. 86 ff.
8) Vgl. Matthiaß, a. a. O., S. 208.
9) Leonhard, a. a. O., S. 71.

lung bezw. Minderung beruft. Daß diese Auffassung möglich ist, wird auch von Oertmann [1]) und Hellwig [2]) anerkannt, und sie gibt uns in der Tat die richtige Erklärung vom Wesen der Wandlungs- bezw. Minderungseinrede. Wie Leonhard betont, gibt es auch sonst Fälle, in denen ein Beklagter eine Einrede schon daraus ableitet, daß von einem Rechte Gebrauch gemacht werden kann: so der Käufer, der sich auf einen Rechtsmangel beruft, und der Bürge, der sich auf ein Recht zur Anfechtung oder Aufrechnung stützt (§ 770 BGB.). — Allerdings kann die Erhebung der Wandlungs- oder Minderungseinrede ein Vertragsangebot der Wandlung oder Minderung enthalten [3]); denn es würde Treu und Glauben widersprechen, wenn der Käufer nur seine Leistung verweigern, des Verkäufers Leistung aber behalten wollte. Wenn der Verkäufer diesen Vertragsantrag annimmt, dann wird hierdurch vertraglich die Wandlung vollzogen und beide Parteien sind zur Rückgabe der empfangenen Leistungen verpflichtet. Aber nicht immer wird dies anzunehmen sein, insbesondere dann nicht, wenn der Käufer sich zunächst damit begnügt, den vorgefundenen Mangel geltend zu machen, im übrigen sich aber noch gar nicht im klaren ist, ob er Wandlung oder Minderung verlangen will, weil er sich hierüber mit dem Verkäufer noch auseinandersetzen will [4]). — Erklärt sich aber der Verkäufer mit dem seitens des Käufers einredeweise geltend gemachten Wandlungsverlangen freiwillig nicht einverstanden, so wird durch das die Kaufpreisklage des Verkäufers abweisende rechtskräftige Urteil eine Wandlung auf keinen Fall in Vollzug gesetzt [5]). Denn dieses Urteil ist wie jedes nach § 322 ZPO. nur insoweit der Rechtskraft fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden wird [6]). Entscheidungen über Einreden entbehren somit der Rechtskraft und eine eigentliche Vollziehung der Wandlung oder Minderung durch Geltendmachung der Gewährleistungseinrede ist demnach ausgeschlossen. Die Lage des Verkäufers erscheint nun in einem solchen Falle, wenn es sich um eine Wandlung handelt, unter Umständen recht ungünstig. Denn das Urteil, durch welches seine Kaufpreisforderung zurückgewiesen wird, begründet nicht sogleich auch für den Käufer die Pflicht zur Rückgabe der etwa übergebenen Kaufsache [7]). Aber ein durchaus befriedigendes Ergebnis ist darin zu finden, daß der Verkäufer nun

---

1) Oertmann, a. a. O. zu § 478, I.

2) Hellwig, a. a. O., S. 294 ff.

3) Derselben Ansicht Enneccerus, § 111, III, b. Leonhard, a. a. O., § 33, S. 72.

4) Vgl. Leonhard, § 33, S. 72.

5) Das gibt auch Thiele, a. a. O., S. 418 zu.

6) Vgl. Oertmann, a. a. O., § 462, Anm. 3 b und RG. 69, 388.

7) Aus diesem Grunde meint Eccius (a. a. O., S. 330 u. S. 331) müsse das die Kaufgeldklage des Verkäufers abweisende Urteil doch die Wandlung vollzogen haben.

seinerseits die Wandlung vollziehen kann. Ist nämlich der Verkäufer mit seiner Kaufgeldklage auf Grund der seitens des Käufers erhobenen Einrede rechtskräftig abgewiesen worden, so ist letzterer nicht mehr berechtigt, das einredeweise geltend gemachte Wandlungsverlangen und den hierin liegenden Vertragsantrag zu widerrufen. Also kann der Verkäufer diesen Antrag annehmen und auf diese Weise die Wandlung vollziehen [1]. Ein Rechtsgrund für die Zurückgabe des übergebenen Kaufgegenstandes ist gegeben. — Wir sehen also, daß auch die Bestimmung des § 478, was selbst Langheineken [2] zugibt, nicht gegen unsere Vertragstheorie ins Feld geführt werden kann.

§ 7.

Die Einwendungen in prozeßrechtlicher Hinsicht.

Neben all diesen Gegengründen materiellrechtlicher Art werden aber auch solche prozeßrechtlicher Art unserer Theorie entgegengesetzt. Die Gegner führen in dieser Hinsicht als Hauptargument die angebliche praktische Umständlichkeit unserer Theorie, nämlich die Unzulässigkeit der Klageverbindung an. Denn wenn der Wandlungs- bezw. Minderungsanspruch auf Abschluß eines diesbezüglichen Vertrages gerichtet sei, so könne erst vom Augenblick der Rechtskraft des Urteils an — denn dann gelte ja der Vertrag erst als geschlossen — die Verfolgung der Rechte aus dem Vertrage stattfinden. Der Käufer sei also auf den umständlichen Weg doppelter Klageanstellung angewiesen. Er müsse zunächst die Klage auf Abschluß des Wandlungsvertrages erheben, und wenn er den Abschluß dieses Vertrages erreicht habe, könne er gegen den Verkäufer erst mit der Rechtskraft dieses Urteils weiter vorgehen. Dies stelle einen Mißstand unserer Vertragstheorie dar, insbesondere komme der Käufer dann erst reichlich spät zu seinem Rechte, wenn er etwa den ersten Prozeß durch drei Instanzen führen müsse. Eine Verbindung der beiden Klagen sei aber ausgeschlossen, da unter der Bedingung, daß der Beklagte zu einem Vertragsschluß in demselben Rechtsstreit werde verurteilt werden, nicht schon jetzt auf eine nach dem Vertragsschluß zu beanspruchende Leistung verlangt werden könne, weil die actio ja nondum nata sei, solange nicht der erstere Anspruch auf Vertragsabschluß rechtskräftig durchgeführt sei [3].

---

1) Vgl. Oertmann, a. a. O., § 478, Anm. 5b; Planck, § 478, Anm. 2a; Flechtheim, a. a. O., S. 92.

2) Langheineken, a. a. O., S. 240, Anm. 2 und S. 242.

3) Vgl. Eccius, a. a. O., S. 328; Haymann, a. a. O., S. 515 und S. 526.

Wir haben oben (S. 16) bereits hervorgehoben, daß eine Klageverbindung nur in dem Falle notwendig wird, wenn der Kaufvertrag bereits von beiden Parteien erfüllt ist, da dann der Käufer einen Anspruch auf Vertragsschluß und einen auf Rückgewähr des ganzen oder teilweisen Kaufpreises hat. Dennoch haben wir zugegeben, daß, wenn unsere Theorie zu derartigen unerfreulichen Folgen nötigen würde, man an ihrer Richtigkeit zweifeln könnte. Denn eine Theorie mit solchen Folgen erscheint auch uns als unhaltbar. In Wahrheit aber zwingt die Vertragstheorie keineswegs zu derartigen unleidlichen Konsequenzen; der Mißstand der doppelten Klageanstellung besteht nicht, da es prozessualisch recht wohl möglich ist, die beiden Klagen zu einem Verfahren zu verbinden. Hierüber sind auch alle Anhänger der Vertragstheorie einig, wenn auch die Begründungen stark auseinandergehen. Ebenfalls erkennt auch die Praxis die Zulässigkeit der Klageverbindung an. So heißt es in RG. 58 S. 425, daß die Praxis keinen Anlaß habe, von der Lehre der Vertragstheoretiker, wonach es eines ausdrücklichen Antrages auf Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Wandlung nicht bedarf, abzugehen, insbesondere weil diesen Standpunkt auch schon die zweite Kommission (Prot. I S. 680, 710) gehabt habe. In RG. 70 S. 198 ist dann die Anschauung, daß es zur Wandlung nicht des Antrages auf Verurteilung zur Bewilligung der Wandlung bedürfe, als im Einklang mit der Rechtssprechung des Reichsgerichts gebilligt. — Verschiedene Versuche sind angestellt worden, die Möglichkeit der Klageverbindung zu begründen. Einige Vertragstheorieanhänger [1]) begründen die Möglichkeit der Klageverbindung aus § 259 ZPO. Hiernach können Klagen auch schon vor Fälligkeit und Begründetheit der Ansprüche erhoben werden; es muß nur die Besorgnis den Umständen nach gerechtfertigt sein, daß sich der Beklagte der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Diese Besorgnis ist in dem Falle, in dem der Verkäufer sich weigert, der Wandlungsofferte zuzustimmen, durchaus gerechtfertigt. Denn durch die Zustimmungsverweigerung will sich der Verkäufer der rechtzeitigen Leistung aus diesem Vertrag entziehen, dem Käufer also die Erreichung der Kaufpreisrückforderung erschweren oder vereiteln [2]). Unter diesen Umständen erscheint also, auch wenn der Rückforderungsanspruch von einer Verurteilung zur Einwilligungserklärung abhängig ist, eine Verbindung der Klage auf Rückleistung vor Fälligkeit des Anspruchs mit derjenigen, welche sie bedingt, nämlich

---

1) So Endemann, a. a. O., § 161, Anm. 37; Oertmann, a. a. O., zu § 465, Anm. 1e und in Recht 04, S. 5; ebenso Kloß, a. a. O., S. 290.

2) Hierin sind wir sogar mit Thiele, a. a. O., S. 410 und 411 einig, der eine Klageverbindung aus § 259 ZPO. für zulässig hält.

der Klage auf Abschluß der Vertrages, zulässig. Schröder [1]) bemerkt hierzu, daß es schwerlich gelingen werde, gegen diese Argumentation durchgreifende Gründe vorzubringen. Dennoch glaubt Haymann einen stichhaltigen Grund gefunden zu haben. Er führt aus [2]), daß der § 259 ZPO. nicht soweit ausgedehnt werden dürfe und zeigt an einem Beispiel, daß es nicht zulässig sei, vor Abschluß eines Kaufvertrages jemanden zu verklagen auf Leistung für den Fall, daß der Kaufvertrag geschlossen werde. Daß dieses Beispiel verfehlt ist, erhellt daraus, daß wir es beim Wandlungsvertrage mit einem Vertrag zu tun haben, der gesetzlich erzwingbar ist, während Kaufverträge in der freien Willensmeinung der Parteien liegen. Sodann hat Haymann [3]), um die Unmöglichkeit der Anwendung von § 259 ZPO. für die Klageverbindung darzutun, weiter vorgebracht, daraus, daß der Verkäufer in der Meinung, er sei im Recht, die Zulässigkeit der Wandlung bestreitet, könne man nicht folgern, daß er sich auch der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Dem widersprechen wir aber. Denn wenn der Verkäufer, der Gelegenheit hat, sich von den behaupteten Mängeln der Sache zu überzeugen, sich nicht gütlich und freiwillig mit dem Käufer einigt und die Einverständniserklärung abgibt, so wird wohl regelmäßig die Besorgnis begründet sein, daß er sich auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung seiner Leistungspflicht aus diesem Vertrage entzieht [4]). Obwohl wir eine Rechtfertigung der Klageverbindung mit Hilfe des § 259 ZPO. durchaus anerkennen, erscheint uns eine Heranziehung dieser Vorschrift nicht notwendig. Denn wir halten den Weg für zutreffender, den Kohler angibt, und der weiter unten dargestellt werden wird.

Flechtheim [5]) will die Verbindung der beiden Klagen damit begründen, daß der Anspruch auf Erfüllung des Wandlungsvertrages bedingt sei, daß also der Abschluß des Wandlungsvertrages die conditio iuris für den Rückleistungsanspruch sei. Die conditio iuris sei erfüllt mit der rechtskräftigen Verurteilung zur Einwilligung in die Wandlung, und im Momente der Rechtskraft sei gleichzeitig durch den im Augenblick zustandegekommenen Wandlungsvertrag der Anspruch auf Rückleistung begründet; denn alles erscheine eben auf den Zeitpunkt der Rechtskraft zusammengedrängt. Diese Lösung läßt sich jedoch nicht halten; denn es kann ein Richter nicht über einen Tatbestand entscheiden, der noch nicht einmal in der dem Urteil vorangehenden letzten mündlichen Verhandlung gegeben ist [6]), und kann auch keine Rechtslage in Betracht ziehen, die möglicher-

1) Schröder, a. a. O., S. 45.
2) Haymann, a. a. O., S. 516.
3) Haymann, a. a. O., S. 517 und 518.
4) Vgl. Schröder, a. a. O., S. 46 und 47; Kloß, a. a. O., S. 18.
5) Flechtheim, a. a. O., S. 74.
6) Ebenso Langheineken, a. a. O., S. 217.

weise bei Rechtskraft des Urteils, deren Zeitpunkt noch in der ungewissen Zukunft liegt, vorhanden sein kann [1]).

Nach unserer Ansicht läßt sich die Möglichkeit, den Erstattungsanspruch mit dem Anspruch auf Einwilligung in die Wandlung zu verbinden, am besten damit rechtfertigen, daß man den Erstattungsanspruch als die selbstverständliche Begleiterscheinung der eintretenden Rechtskraft des ersteren Anspruchs auf Einwilligung ansieht [2]). So führt Kohler sehr richtig aus, daß das Gericht sehr wohl in seinem Urteil aussprechen könne, daß den Beklagten die Pflicht treffe, eine Willenserklärung abzugeben, und gleichzeitig, daß er verpflichtet sei, den durch die Abgabe der Willenserklärung begründeten Rechtsverhältnissen zu genügen. Dies muß bei jedem Anspruch dieser Art zulässig sein, und daß dies zulässig ist, dafür führt Leonhard [3]) das treffende Beispiel an, daß die Erben einen Miterben gleichzeitig darauf verklagen können, daß er in die Veräußerung der Erbschaftssache einwillige, und darauf, daß er sie herausgebe. Denn auch hier ist der Herausgabeanspruch die selbstverständliche Folge des Anspruchs auf Einwilligung. Aehnlich ist auch der Fall des § 254 ZPO., wonach mit der Klage auf Rechnungslegung jene auf Herausgabe dessen ,was nach dem Resultat der Rechnungslegung herauszugeben ist, verbunden werden kann, obwohl auch letztere in ihrem Bestande von der zu erzwingenden Rechnungslegung abhängig ist [4]). Es ist also durch die ganze Streitlage geboten, wie Kohler ausführt, die Entstehung künftig entstehender Ansprüche mit den in sie begründenden Prozeß einzubeziehen, da der Kläger gute Veranlassung hat, sofort Fürsorge zu treffen, daß ihm auch die Folgen sichergestellt werden. Daß dies praktisch wünschenswert ist und den ökonomischen Grundsätzen der Prozeßpraxis entspricht, gibt auch Haymann zu [5]). Die Bedenken, die Haymann hiergegen hat, bestehen nur darin, daß es an einer ausdrücklichen Vorschrift hierfür mangele. Dies erscheint uns auch nicht als unbedingt erforderlich, denn wir haben die Möglichkeit einer Klageverbindung aus der Natur des Anspruchs auf Abgabe einer Willenserklärung gefolgert und dabei gezeigt, daß es auch in ähnlichen Fällen, bei denen der zweite Anspruch die natürliche und selbstverständliche Folge des ersteren ist, möglich und zuläsig ist, daß beide Ansprüche mittels derselben Klage verfolgt werden. Der Käufer stellt also den Antrag, den beklagten Verkäufer zu verurteilen, in die Wandlung des Kaufvertrags einzuwilligen und demgemäß an ihn den Kaufpreis gegen Rückgabe der

---

1) Vgl. auch Haymann, a. a. O., S. 520 und 523.

2) Vgl. auch Oertmann, a. a. O. zu § 465, I e; Leonhard, a. a. O., § 33, S. 72; Kohler, a. a. O., S. 288 und S. 289; Schollmeyer, Lehrbuch S. 31; Dernburg, a. a. O., § 185, Anm. 18.

3) Leonhard, a. a. O., § 33, S. 72.

4) Vgl. Thiele, a. a. O„ S. 410.

5) Haymann, a. a. O., S. 515.

erhaltenen Kaufsache zurückzuzahlen. Bei der Minderung: den Beklagten zu verurteilen, in die Minderung einzuwilligen und demgemäß an ihn eine bestimmte Summe zu zahlen.

Aber auch für den Fall, daß der Käufer den Klagantrag unmittelbar auf Rückerstattung des Kaufpreises richtet, darf nicht etwa Klagabweisung erfolgen, vielmehr wird auch dieser Antrag genügen. Denn dadurch, daß der Käufer Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises verlangt, verlangt er auch zugleich die Aufhebung des Kaufvertrages [1]). Letzteres ist also schon in dem Antrag auf Rückleistung enthalten. Ein ausdrückliches Verlangen der Aufhebung oder der Einwilligung in die Aufhebung des Kaufvertrages erscheint demnach überflüssig. Auch ging bereits der Standpunkt der zweiten Kommission [2]) dahin, den Antrag auf Verurteilung zur Rückleistung als zulässig und genügend zu erachten. — Dem kann auch nicht die Bestimmung des § 308 ZPO. entgegengehalten werden, wonach das Gericht nicht befugt ist, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Denn wenn der Richter trotz des nur auf Rückerstattung des Kaufpreises lautenden Klagantrages den Verkäufer zunächst in die Abgabe der Einwilligungserklärung verurteilt, so spricht er dem Käufer nicht etwas zu, was dieser nicht beantragt hat und verstößt mithin nicht gegen eine Gesetzesvorschrift. Dieser Fall, daß ein nicht ausdrücklich gestellter Antrag in einem weitergehenden Antrag enthalten ist, wird von § 308 ZPO., der nur verhindern will, daß über das vom Kläger Verlangte hinausgegangen wird, nicht getroffen. — Sonach reicht auch nach unserer Theorie zur Geltendmachung der Mängelansprüche ein nur auf Rückerstattung des gezahlten Kaufpreises gerichteter Klageantrag aus [3]).

Weiter haben die Gegner in prozeßrechtlicher Hinsicht vorgebracht, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils, welche notwendig erscheine, bei einer Klage auf Abgabe einer Willenserklärung ausgeschlossen sei, und entnehmen hieraus einen weiteren Gegengrund gegen die Vertragstheorie. Zwar sind auch die Vertragstheorieanhänger über die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckbarkeit nicht einig, denn einige [4]) wollen einen dahingehenden Ausspruch des Urteils nicht gestatten, während andere [5]) der Meinung sind, daß einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung des Urteils nichts im Wege stände. U. E. erübrigt sich eine Erörterung dieser Frage. Denn selbst wenn man den Gegnern beipflichtet und eine vorläufige Vollstreckbarkeitserklärung des Urteils für ausge-

---

1) Aehnlich auch Oertmann, a. a. O. zu § 465, Anm. 1 e und sogar Thiele, a. a. O., S. 416.

2) Prot. I, 710.

3) Vgl. auch Rspr. der OLG., Bd. 4, Nr. 13 a.

4) So Flechtheim, a. a. O., S. 75 und 76; Oertmann, a. a. O. zu § 462, Anm. 3 a.

5) So Schröder, a. a. O., S. 49; Schollmeyer, Lehrbuch S. 32; Windscheid-Kipp, a. a. O., § 359, S. 657.

schlossen hält, so spricht dies keineswegs gegen unsere Vertragstheorie. Denn wenn auch nach den zwingenden Vorschriften des Prozeßrechts alle Urteile, sobald nur die Voraussetzungen der §§ 708 ff. ZPO. gegeben sind, unangesehen ihrer Entscheidungsgründe, der vorläufigen Vollstreckbarkeit unterliegen, so scheitert das hierin liegende Argument schon daran, daß die regelmäßig eintretende vorläufige Vollstreckbarkeit in den Fällen zurücktreten muß, wenn das in Frage stehende Urteil seinem Inhalt nach eine solche nicht verträgt [1]). Es stellt dies auch keine lästige Konsequenz der Vertragstheorie dar, denn der Käufer ist in den Fällen, in denen die spätere Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Verkäufers gefährdet wird, in der Lage [2]), sich durch Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung zu helfen.

Abschließend können wir also feststellen, daß unsere Gegner durch keinen der mannigfachen Gegengründe weder in materiell- noch in prozeßrechtlicher Hinsicht die Richtigkeit unserer Vertragstheorie widerlegen können. Vielmehr ergibt ein Rückblick auf die angestellten Betrachtungen, daß die Entscheidung der Streitfrage zu Gunsten der Vertragstheorie ausfallen muß; und daß dies Ergebnis nicht nur in unserem Gesetzbuch genügend zum Ausdruck gekommen ist und den Gesetzesmaterialien entspricht, sondern auch einen wertvollen praktischen Vorzug gegenüber der Gegenmeinung bedeutet.

---

1) Vgl. Oertmann in Recht 04, S. 5.
2) Worauf Flechtheim, a. a. O., S. 76 hinweist.

Lebenslauf.

Am 21. August 1906 wurde ich, Erwin Kaiser, als Sohn des im März 1929 verstorbenen Oberzollinspektors Karl Kaiser und dessen Ehefrau Eugenie, geb. Gerlach, in Kassel geboren. Ich bin evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Am 5. März 1927 verließ ich das Realgymnasium in Gießen mit dem Zeugnis der Reife und widmete mich auf der Universität Marburg dem Studium der Rechtswissenschaften. Am 19. Dezember 1931 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 1. Januar 1932 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst, zur Zeit am Landgericht Marburg, beschäftigt.